

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES - CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

NEANDER ALVES DO COUTO

**NEPOTISMO: SÚMULA VINCULANTE 13 E OS CONFLITOS
JURISPRUDENCIAIS.**

Trabalho de Conclusão de Curso

Cacoal – RO

2016

NEANDER ALVES DO COUTO

**NEPOTISMO: SÚMULA VINCULANTE 13 E OS CONFLITOS
JURISPRUDENCIAIS.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal de
Rondônia – UNIR – Campus de Cacoal,
como requisito parcial para a Conclusão do
Curso de Direito, sob a orientação da
professora Esp. Graciela Flávia Hack.

Cacoal – RO

2016

Couto, Neander Alves do.

C871n Nepotismo: súmula vinculante 13 e os conflitos
jurisprudenciais/ Neander Alves do Couto – Cacoal/RO:
UNIR, 2015.

69 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.

Orientadora: Profa. Esp. Graciela Flávia Hack.

1. Direito administrativo. 2. Nepotismo. 3. Cargos
políticos. 4. Súmula vinculante 13. I. Hack, Graciela Flávia.
II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342.3

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES - CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

O projeto intitulado “Nepotismo: Súmula Vinculante 13 e os Conflitos Jurisprudenciais”, elaborado pelo acadêmico Neander Alves do Couto, foi avaliado pela banca examinadora em ____ de _____ de 2015, tendo sido _____. Sob a orientação da professora Esp. Graciela Flávia Hack.

Professor Me. Silvério dos Santos Oliveira
Chefe de Departamento Acadêmico de Direito

Professora Ma. Simone Maria Gonsalves de Oliveira Ulian
Professora da Disciplina

Professora Esp. Graciela Flávia Hack
Orientadora da Pesquisa

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre esteve me guiando nesse longo período e até mudou horários para que eu pudesse concluir o curso em tempo, e agradeço também ao meu primo Marcos R. do Couto, que sempre foi um incentivador e exemplo nesse curso, e também a todas as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente na concretização desse sonho.

Gostaria de agradecer ainda, de forma especial, meu pai, Samuel Couto e minha mãe Marinha Alves que sempre me apoiaram, além de meus amigos Douglas Q. Bayer e Cleilson Jacob pelos cinco anos de amizade e também à Universidade Federal de Rondônia - *campus* de Cacoal, Curso de Direito, que me proporcionou esses anos de muitas lutas e conquistas.

*A moralidade é a melhor de todas as
regras para orientar a humanidade.*

Friedrich Nietzsche

RESUMO

A Súmula Vinculante de nº 13 foi um marco na vedação do nepotismo, pois trouxe novos contornos de seriedade com a coisa pública, contudo, por estar arraigada na administração pública a cultura do nepotismo, que é conduta violadora dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, o nepotismo se reinventou e se consolidou nos cargos políticos. Nesse interim, surgiram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal três posicionamentos sobre a aplicabilidade do verbete aos cargos políticos, quais sejam, não aplicação da súmula a tais cargos, sua incidência e outro pela verificação no caso a caso e, em ocorrendo a violação aos princípios mencionados haveria vedação. O presente artigo busca analisar as divergências jurisprudenciais sobre a aplicabilidade do conteúdo da referida súmula vinculante bem como quais relações de parentesco estariam vedadas e, baseado na historicidade do nepotismo e das súmulas, analisar qual posicionamento é mais compatível com a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Palavra-chave: Nepotismo, Súmula Vinculante 13, Jurisprudências, cargos políticos.

ABSTRACT

The Binding Precedent of nº 13 was a milestone in the sealing of nepotism, because it brought new seriousness boundaries with the public good, however, to be rooted in public administration nepotism culture, which is infringing conduct of the principles of morality, impartiality and efficiency, nepotism reinvented and consolidated in political office. In the meantime, emerged in the jurisprudence of the Supreme Court three positions on the applicability of entry to political positions, namely, non-application of the score sheet with such positions, their incidence and another for checking in each case, and occurring violation of the principles would mentioned seal. This article seeks to analyze the jurisprudential disagreement about the applicability of the said binding precedent content and which family relations were sealed and, based on the historicity of nepotism and overviews analyze which position is more compatible with the Brazilian Federal Constitution of 1988.

Keyword: Nepotism, Binding Precedent 13, jurisprudence, political office.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.	10
1	A EVOLUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA DO NEPOTISMO.	13
1.1	DO CONCEITO.	13
1.2	O NEPOTISMO NO MUNDO.....	13
1.3	O NEPOTISMO NO BRASIL.	15
2	A SÚMULA.....	19
2.1	SÚMULA VINCULANTE.	21
2.1.1	A vedação do nepotismo.	23
2.1.1.1	<i>O Conselho Nacional de Justiça e a vedação do nepotismo.....</i>	<i>23</i>
2.1.1.2	<i>O Conselho Nacional do Ministério Público e a vedação do nepotismo.</i>	<i>27</i>
2.2	A SÚMULA VINCULANTE 13 E A VEDAÇÃO DO NEPOTISMO.....	28
2.2.1	Precedentes.	28
2.2.2	A Súmula Vinculante 13.	35
2.2.2.1	<i>O nepotismo cruzado.</i>	<i>39</i>
3	MORALIDADE, EFICIÊNCIA E A IMPESSOALIDADE E O NEPOTISMO.	41
3.1	O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E O NEPOTISMO.....	41
3.2	O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O NEPOTISMO.	45
3.3	O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E O NEPOTISMO.	49
4	APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13 AOS CARGOS POLÍTICOS.....	53
4.1	CONFLITOS NA JURISPRUDÊNCIA.	53
4.1.1	Não se aplica aos cargos políticos.	54

4.1.2	Aplicação verificada no caso concreto.	57
4.1.3	Aplica-se, para não contrariar princípios.	62
	CONCLUSÃO	66

INTRODUÇÃO.

O nepotismo, por ser fruto de uma evolução histórica e seu nascimento não ser exato, uma vez que surgiu com o aparecimento da família e da sociedade, está muito enraizado na sociedade brasileira. Dessa forma, as classes dominantes buscam a sustentação de seu poder por meio de redes de nepotismo que garantem fartos lucros à família.

Por ser uma conduta desmoralizante, contrária à Constituição Federal de 1988, que estabelece princípios norteadores de uma sociedade democrática de direito, elencados de forma expressa em seu artigo 37, *caput*, o nepotismo precisava ser vedado pelo Poder Judiciário, uma vez que não é de interesse de administradores e legisladores, extremamente patrimonialistas, confundindo a esfera particular com a pública, a vedação de tal conduta.

Como os princípios constitucionais em tempos de neoconstitucionalismo são autoaplicáveis, os da moralidade, eficiência e impessoalidade não são diferentes, e, portanto são verdadeiras normas constitucionais que proíbem o nepotismo.

Mas, para chegar ao conhecimento do que é desautorizado ou não na contratação de servidores públicos é preciso analisar suas espécies, verificar a aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, que seguindo o sistema jurídico dos precedentes vinculantes norte-americanos, vedou aparentemente o nepotismo.

Desse modo, uma análise mais detida precisa ser feita a respeito da aplicação da vedação do nepotismo aos cargos políticos, trazida no verbete da mencionada súmula.

Uma vez que, a garantia da moralidade administrativa deve ser efetivada mediante a não contratação de parentes, sem a prévia aprovação em concurso público, para exercício de funções e cargos públicos, por desprestigiar a eficiência e a impessoalidade.

Apesar da proibição, aparentemente total e expressa, para todos os cargos e funções, a aplicabilidade da Súmula Vinculante 13 foi mitigada pelo seu julgado antecedente (Recurso Extraordinário 579.951) que pugnou em caso concreto pela não constatação de nepotismo cruzado no cargo de secretário municipal, que se

trata de um cargo político.

Assim, após a edição da retro mencionada súmula vinculante, criou-se divergências jurisprudenciais com relação à aplicabilidade aos cargos políticos, em especial as secretárias e os ministérios, uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) em precedentes da súmula, a julgou inaplicável a estes casos específicos.

Assim sendo, o STF em várias ocasiões e os tribunais inferiores, não se atentando para a moralidade administrativa ou simplesmente reproduzindo entendimento emanado da Suprema Corte decidiram logo após pela não aplicabilidade.

Contudo, em julgamento posterior (Reclamação 12478) emanado do próprio Supremo, em decisão monocrática, aplicou-se a vedação do nepotismo aos cargos políticos.

Também, mais recentemente surgiu um novo posicionamento (Reclamação 8625) que prescreve ser possível os dois posicionamentos anteriores, e para tanto deve ser verificado no caso a caso se houve ou não violação dos princípios constitucionais, e em havendo deve ser aplicada a vedação do nepotismo, com consequente condenação da autoridade em conduta de improbidade administrativa que atenta contra princípios.

Diante do exposto, têm-se três decisões jurisprudenciais que apresentam argumentos razoáveis, mas que divergem entre si quanto à aplicação ou não da Súmula Vinculante nº 13 aos cargos políticos.

Neste ponto, surge a necessidade quanto à análise profunda de seus argumentos, bem como a justificativa para a realização do presente estudo, isto é, verificar à luz dos princípios administrativos constitucionais qual é a melhor alternativa jurídica em relação ao binômio nepotismo e cargos políticos.

Para efetivação da pesquisa, foi escolhido como método de pesquisa dedutivo, visto que partindo de uma análise geral do nepotismo na história segue-se até os dias atuais, verificando-se a manutenção dessa prática na cultura brasileira sem que haja muitas mudanças.

Ainda, examinando as decisões do Supremo Tribunal Federal, tomando por pressuposto básico a vedação constitucional irrestrita de toda conduta que atente contra os princípios constitucionais, utiliza-se o método dogmático, pois por ele parte-se de valores-normas verdadeiros prefixados na Constituição Federal de 1988,

chegando-se a estabelecer qual posicionamento do Supremo é mais condizente com o texto constitucional.

Por fim, por ser um tema atual, de decisões contraditórias dentro do Supremo Tribunal Federal, de haver interesse de toda a coletividade sobre o entendimento da posição compatível com a Constituição de 1988, e de verificar a posição que atenda a moralidade, justifica-se a presente pesquisa.

1 A EVOLUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA DO NEPOTISMO.

Ao se analisar o nepotismo faz-se necessária sua conceituação que torne claro o tema abordado, por isso tem-se que definir o que é o nepotismo, seu desenvolvimento no mundo e posteriormente no Brasil, além de sua persistência nos dias atuais.

1.1 DO CONCEITO.

O nepotismo segundo o dicionário Aurélio (2004) vem de nepote + ismo, aquele significando favorito do papa, ou sobrinho do papa, já este significa ação, habito ou qualidade. Desse modo, conjugando os termos chegamos ao seguinte conceito de nepotismo: ação ou habito de contratar pessoas utilizando critérios de parentesco e afinidade em detrimento da impessoalidade e da eficiência.

1.2 O NEPOTISMO NO MUNDO.

O nepotismo tem origem remota, não há como precisar datas aproximadas de quando surgiu, mas analisando de forma ampla, pode-se dizer que surgiu com a existência humana, uma vez que é inerente ao ser humano proteger quem tem com ele laços fraternais.

Ademais, o favorecimento de seus entes familiares, com sentido de proteção, foi imprescindível até mesmo para que os seres humanos sobrevivessem, quando um pai favorece seu filho em detrimento da competência e melhor desempenho de outro que não lhe tem laços fraternos é a comprovação de não haver como se precisar seu início. Nesse sentido, o escritor Adam Bellow (2006) explica a história do nascimento do nepotismo:

Se a seleção por parentesco representa indubitavelmente o ponto de partida do nepotismo humano, trata-se de apenas um elemento de impulso que depende tanto da cultura quanto da natureza. Pode-se realmente considerar o nepotismo a base primordial da cultura, uma vez que a cultura, de acordo com os antropólogos, constrói-se a princípio com os laços de cooperação entre parentes próximos. A cultura, na verdade, é aquilo que as pessoas fazem com esses vínculos naturais, usando-os para criar os recursos sociais necessários para a sobrevivência.

Pela associação da seleção por parentesco com o altruísmo recíproco e meios de coerção, o nepotismo evolui bem além da sua origem biológica para desempenhar função crucial na formação das sociedades humanas. A seleção por parentesco biológico é responsável pela ligação mãe-filho e em

boa parte pela própria família. A mistura da seleção por parentesco biológico com o altruísmo recíproco faz o nepotismo da família alastrar-se pelo bando – ele próprio composto na maior parte por parentes consangüíneos. Com o surgimento do tabu do incesto e a invenção do casamento e do parentesco, a rede de sentimentos nepotísticos estende-se entre indivíduos não aparentados e outros grupos. A partir daí, o nepotismo floresce numa miríade de laços de parentesco.

O nepotismo não passa de um fruto da família. (BELLOW, 2006, p. 86)

Mas, a palavra nepotismo originalmente era relacionada apenas as designações papais de seus sobrinhos para exercerem altos cargos na administração da igreja católica, visto que, devido ao celibato imposto pela igreja, muitos que chegavam a este elevado cargo não tinham filhos e designavam os seus parentes mencionados para exercerem os cargos de cardeais. (GARCIA e PACHECO, 2008)

Entre os anos de 1655 e 1665 era recorrente essa prática na igreja e se seguiu até por volta de 1692 quando o Papa Inocêncio XII promulgou a bula papal “*Romanum decet Pontificem*”¹, que proibiu o nepotismo na igreja católica.

Uma das pessoas que mais se utilizou do nepotismo na história foi Napoleão Bonaparte, pois ao conquistar novos países ele designava para reinar neles seus irmãos, tentando, dessa forma, inibir traições e assim manter o poder, isso ocorreu em países como Holanda, Áustria, que na época englobava a Itália, França e Espanha. Como menciona Gaspareto Júnior:

O termo Nepotismo é de origem latina, nepos, e significa neto ou descendente. Sua utilização surgiu associada ao contexto das relações do papa com seus parentes, em especial com seu cardeal-sobrinho. Porém o termo excedeu essa relação e passou a designar outro tipo de relação também parental no funcionalismo público. **Um dos principais nepotistas históricos foi Napoleão Bonaparte, que, em 1809, nomeou três de seus irmãos como reis em países ocupados por seu exército.** (GASPRETO JÚNIOR, 2015, p. 2) (grifo nosso).

Em Portugal não era diferente da França de Napoleão, havia nepotismo na sociedade e na política, pois era inerente a administração patrimonialista, que imperava na época, onde favorecimentos eram comuns, a esfera pública ser confundida com a privada, e prevaleceu também a dominação com base na tradição.

Uma administração patrimonialista é aquela primeira forma de administração da “*res publica*” (*coisa pública*) onde os bens da administração se confundiam com

¹ Carta papal que extinguiu o cargo de cardeal-sobrinho e impôs limites ao patrimônio dos sobrinhos do Papa.

Disponível em: http://www.gutenberg.us/articles/romanum_decet_pontificem. Acesso em: 20/02/2016.

os bens do rei e assim todo o estado era patrimônio da família real, que eram favorecidos com cargos públicos em geral.

A administração patrimonialista vigente à época em Portugal ganha relevância para o Brasil com a transferência da corte portuguesa para a sua então colônia, que passa a ter administração semelhante a que ocorria lá.

Quando Dom João VI veio para o Brasil em 1808 fugindo dos exércitos de Napoleão, veio também a máquina administrativa portuguesa consigo. Assim, herdou-se o modo de administrar português, com algumas adaptações à realidade local, durante o império.

1.3 O NEPOTISMO NO BRASIL.

As primeiras manifestações de nepotismo, ou favorecimentos, no Brasil datam do seu descobrimento, visto que ao final da carta de Pero Vaz de Caminha encaminhada ao rei de Portugal, que relatava a descoberta de uma terra nova com todo seu estilo da época, ele pede que seu genro receba alguns favores. Vejamos:

"E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tom a Jorge de Osório, meu genro – o que d'Ela receberei em muita mercê". (CAMINHA apud CASTRO, 2003, p.116)

Em que pese tal entendimento, a manifestação não se enquadraria em uma situação de nepotismo, visto que, apesar dele estar requerendo um cargo para seu genro, é apenas uma manifestação de apreço, já que no modelo de administração que se vivia a única forma de se chegar a um cargo importante era por meio da troca de favores ou parentesco, que neste último seria enquadrado como nepotismo. Vejamos a diferenciação feita por Rodrigues:

Por fim, concluído o escorço histórico e sociológico, não se pode confundir o favorecimento sistemático à família (nepotismo) com o *favoritismo simples*, pois neste não é requisito essencial o laço de parentesco entre favorecedor e favorecido. Excluem-se, portanto, do raio de abrangência da SV 13, as relações de amizade, namoro e noivado (embora, nestes dois últimos casos, a diferença em relação à união estável seja, atualmente, muito tênue) que engendram outros conflitos de interesses. (RODRIGUES, 2012, p. 208)

Verificando o texto acima pode-se salientar que era apenas um favoritismo simples que Caminha pedia ao rei para seu genro, mas como se vê, em pouco

tempo começaram as redes de nepotismo no Brasil por meio dos estamentos políticos, abordado por Faoro:

O estamento político — de que aqui se cogita, abandonado o estamento profissional, por alheio ao assunto — constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder. A situação estamental, a marca do indivíduo que aspira aos privilégios do grupo, se fixa no prestígio da camada, na honra social que ela infunde sobre toda a sociedade. Esta consideração social apura, filtra e sublima um modo ou estilo de vida; reconhece, como próprias, certas maneiras de educação e projeta prestígio sobre a pessoa que a ele pertence; não raro hereditariamente. Para incorporar-se a ele, não há a distinção entre o rico e o pobre, o proprietário e o homem sem bens. Ao contrário da classe, no estamento não vinga a igualdade das pessoas — o estamento é, na realidade, um grupo de membros cuja elevação se calca na desigualdade social. (FAORO, 2001, p. 58)

A sociedade portuguesa que veio para o Brasil era eminentemente estamental, haviam privilégios políticos e sociais dado a uma camada da população, como salienta Faoro (2001), nem sempre dependia de riqueza para pertencer a uma estamento, mas era necessário pertencer a círculo que detinha o poder, dessa forma automaticamente haveria favorecimentos.

Os reis detinham o poder, eram os legisladores os juízes e os administradores, todos os bens lhe pertenciam, ele decidia qual pena aplicar, o que era legal, mudava a lei dependendo do caso concreto e mantinha no poder sua família, a realeza, dessa forma o nepotismo era usual no Brasil colônia (FAORO, 2001).

O Brasil evolui e as pessoas beneficiadas pelas porções de terra que o império concedia tornaram-se grandes detentores de poder econômico e político, havendo reflexo na política atual dessas relações de favoritismos. Famílias políticas formaram alguns dos estamentos sociais brasileiro dominante (FAORO, 2001).

Sérgio Buarque de Holanda (1995) no livro *Raízes do Brasil* descreve a sociedade brasileira como sendo de “homens cordiais” que preferem as relações pessoais em detrimento das profissionais, e até mesmo não cumprir as leis se estas não prezarem por suas relações pessoais. O autor vê o Brasil Colônia como tendo pouca organização social, por isso utilizava-se frequentemente da violência e da escravidão, que em continuação cronológica foram explorados pelos coronéis na manutenção do poder político e social outorgado pelo estado.

As pessoas que vieram para o Brasil buscavam a riqueza fácil, e para isso exploravam a qualquer custo mão de obra alheia sem lhe reembolsar, essa cultura de exploração e de confusão da propriedade pública com a privada se tornou arraigada na sociedade e na política.

Como se pode notar, a cultura desenvolvida ao longo dos séculos de exploração fez o brasileiro achar comum as relações de nepotismo, pois geração após geração elas acontecem. Passa-se a achar adequado o emprego de parentes na administração.

Essa exploração facilitou o desenvolvimento de perpetuações no exercício do poder político por algumas famílias, que se valendo desde o voto de cabresto ou do poder econômico, conseguiram terem prestígios sociais, e pela cordialidade do brasileiro que não se opõe nem mesmo quando se comete atos imorais como o nepotismo, mantêm-se por décadas e até séculos o domínio político.

O homem brasileiro por ser um “homem cordial”, (HOLANDA, 1995) não é de se revoltar com as mazelas políticas e sociais, dessa forma o nepotismo não se desvinculou da sociedade brasileira, presencia-se então uma “perpetuação” do nepotismo perdurando desde os primórdios até os dias atuais.

Como se tornou comum a imoralidade administrativa na política, ficou cada vez mais comum nomear os parentes para a ocupação de cargos públicos, então quando um novo governante chegava ao poder havia a popularmente conhecida “troca de cadeiras”, em que são despedidos todos os agentes públicos que exerciam os cargos comissionados e se nomeiam novos, incluindo-se nesses, boa parte da parentela do novo dominante.

No cenário do legislativo e do executivo também não era distinto, os legisladores ao assumirem novos cargos, sempre colocavam novos parentes nas câmaras, assembleias, e senado, sejam como assessores ou cargos administrativos na casa. O mesmo também ocorria com os juízes que contratavam seus parentes para exercerem cargos em comissão no judiciário em geral.

Como pode-se notar no Brasil predominava a administração patrimonialista acima mencionada nos dizeres da Holanda (1995), a gestão pública apresentava-se como assunto particular, sem haver objetividade, o que contribuía para o nepotismo.

Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os

benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. (HOLANDA, 1995, p. 146)

Chega-se ao século XXI com muitos casos claros de nepotismo, e no ano de 2004 a Constituição Federal de 1988 foi alterada para conceder maior transparência ao poder judiciário e ao ministério público, criando-se assim o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério público, órgãos esses que tentam proporcionar celeridade e moralidade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) atento ao fenômeno do nepotismo edita uma resolução vedando o nepotismo no judiciário, e posteriormente o Poder Judiciário por se sentir “lesado” pela impossibilidade de contar com as relações de nepotismo edita a Súmula Vinculante 13 para dar “fim” ao nepotismo no Brasil.

2 A SÚMULA.

Existem, de acordo com Carvalho (2009), dois sistemas jurídicos, o *civil law* e o *common law*, este é utilizado no sistema jurídico de países com origem anglo-saxônica, onde há prevalência dos costumes sobre as normas escritas, esse sistema tem como fundamento aplicar os usos e costumes, ficando a lei em segundo plano. Nesse sistema a decisão judicial se direciona a estabelecer precedente para que em algum caso, que seja semelhante, no futuro o julgador possa decidir de forma análoga.

No sistema *civil law*, de origem romano-germânica, é o adotado, via de regra, pelo sistema judiciário brasileiro e também utilizado por países como Itália, Alemanha, França, Espanha, Japão, Portugal e outros, nele leva-se em consideração as leis como fontes primárias do direito (CARVALHO, 2009).

No *civil law* a lei é regra e utiliza-se a jurisprudência para suprimir lacunas, já no *common law* é ao contrário, como regra tem-se a jurisprudência ou os costumes e as leis ficam para suprirem lacunas (OLIVEIRA, 2014).

A súmula, no sistema *common law*, é o entendimento cristalizado do tribunal sobre determinado tema, após ampla discussão chega-se a um denominador e a partir daquele momento torna-se de aplicação vinculada em situações análogas.

Ocorre que, o Brasil, apesar de ter adotado como regra o *civil law*, ele adotou como exceção o *common law*, visto que, existe no seu ordenamento jurídico a possibilidade de edição de súmulas.

A súmula no Brasil teve origem na década de 1960, para uniformização da jurisprudência e teve como idealizador o ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, como é o relato de SOUZA:

A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12. 1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência. (SOUZA, 2006, p.253)

Como se vê, não é muito antiga a introdução da súmula no ordenamento jurídico brasileiro, foi diante de uma necessidade de celeridade processual que ocorreu a ideia da criação de súmulas e assim mitigar o número de processos versando sobre o mesmo tema e reduzir o tempo médio para que um processo tenha o trânsito em julgado. Com a introdução da súmula deu-se início, de forma mais aparente, o sistema jurídico da *common law*, sem deixar de ter como regra a *civil law*.

Pode-se notar que a súmula deu celeridade ao processo, diminuiu acúmulos, e também poupou energia e tempo.

A súmula fornece maior certeza do direito, pois, por meio dela é possível identificar a jurisprudência cristalizada, firme mas não imutável dos tribunais². Pode-se ver que a súmula interpreta a lei ou preenche as lacunas deixadas pelo legislador, interpretação feita de forma segura e bem discutida para dar respostas a processos idênticos com a certeza do direito a ser aplicado.

É possível dar previsibilidade à solução do litígio, tanto para o jurisdicionado como para o judiciário, uma vez que, tanto em litígios já existentes como os futuros é possível saber qual decisão será tomada. Na interpretação da norma, a súmula deve ser clara, precisa e segura mostrando o que o legislador pretendeu com determinada lei, ou seja, haverá tratamento igual a situações iguais que cheguem ao judiciário.

Interessante mencionar que a súmula surgiu no Brasil de forma regimental e não legal, pois o judiciário era quem estava sufocado pela quantidade crescente de lides versando sobre o mesmo assunto, assim, a priori, o Supremo Tribunal Federal reservou apenas a si a possibilidade de sua edição.

Apenas em 1973, com a edição do Código de Processo Civil, introduziu-se por lei o chamado incidente de uniformização de jurisprudência que estendeu aos demais tribunais a oportunidade da edição de súmula, assim trazendo expressamente seu art. 479 “O julgamento, tomando pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de Súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência” (BRASIL, 1973).

Dessa forma foi criada a súmula no Brasil, sendo de grande importância, mas não suficiente, para o desafogar do judiciário. Observa-se que a súmula, apesar

² Na época da criação apenas do Supremo Tribunal Federal podia editar súmulas.

de ser o entendimento cristalizado dos tribunais, não era de seguimento obrigatório pelos demais órgãos do poder judiciário e pela administração pública direta e indireta, assim, mesmo havendo súmula sobre determinado tema os juízes poderiam julgar de forma diferente e a administração, no plano prático, poderia não seguir a determinação da sumular.

Assim, mesmo existindo as súmulas, o judiciário continuava com vários processos versando sobre o mesmo assunto e sendo julgado de diferentes formas, até que uma reforma judiciária, trazida pela Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004, introduziu a Súmula Vinculante na Constituição Federal de 1988.

2.1 SÚMULA VINCULANTE.

Súmula Vinculante pode ser conceituada como a súmula com adição de seu caráter vinculador, visto que as súmulas por si, não tem tal caráter, sendo uma decisão normativa do Supremo Tribunal Federal capaz de vincular a administração pública e o poder judiciário (MENDES, 2012).

Verificando-se o art. 103-A da Constituição Federal de 1988, destaca-se que Supremo Tribunal Federal tem a faculdade de, por provocação ou de ofício, com quórum qualificado de aprovação, após várias decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, respeitando a publicidade, terá efeito vinculante em relação à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e aos demais órgãos do Poder Judiciário, podendo Supremo rever seus textos.

Chega-se à conclusão que a súmula vinculante é o entendimento cristalizado da jurisprudência sobre determinado tema que seja amplamente discutido, e por fim o Supremo Tribunal Federal (STF) regulamenta editando seu texto, após publicação vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas três esferas de governo.

Assim leciona Gilmar Mendes ao tratar da súmula vinculante pugnando pelo seu caráter de obrigatoriedade:

Essas diretrizes aplicam-se também à súmula vinculante consagrada na Emenda n. 45/2004. É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-

A). (MENDES, 2012, p. 1337).

Foi a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como a reforma do judiciário, que trouxe a inovação da Súmula Vinculante, como sendo um precedente vinculativo, uma verdadeira norma, possibilitando que diante de sua violação qualquer pessoa possa fazer valer o que está determinado, por meio de um recurso chamado de Reclamação Constitucional.

Ademais, é instrumento que possibilita superar controvérsias sobre a interpretação, a eficácia e a validade das normas constitucionais que esteja causando insegurança jurídica e grande número de ações sobre o mesmo tema.

Importante ressaltar que, a Súmula Vinculante pressupõe a preexistência de decisões reiteradas e ainda deve haver grande discussão no supremo sobre o tema até se chegar a uma ideia madura que possa sanar toda controvérsia existente.

Nesse sentido é que estabelece a constituição no seu art. 103-A:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

O Supremo Tribunal Federal pode modular os efeitos da Súmula Vinculante, dizendo o momento que a súmula vai começar a ser aplicada, se é aplicada *ex tunc* ou *ex nunc*, ou seja, pode ter efeito retroativos ou prospectivos respectivamente, tudo para a preservação da segurança jurídica e resultar exatamente os efeitos esperados no momento correto.

Após a Reforma do Judiciário, no Supremo Tribunal Federal houve novas formas de proporcionar a moralidade e a eficiência no judiciário e na administração pública, pois criando-se institutos como o da Súmula Vinculante e órgãos como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, ficou nítido o propósito do poder constituinte derivado de dar novos ares de seriedade na sociedade brasileira.

2.1.1 A vedação do nepotismo.

A vedação do nepotismo foi algo buscado por essa nova forma de pensar moralmente a administração pública, então o judiciário por meio de Súmula Vinculante tentou proporcionar efetividade ao princípio da eficiência, e com o propósito de dar respostas aos anseios sociais por mais moralidade no trato com a coisa pública, surgiu a Resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça.

2.1.1.1 O Conselho Nacional de Justiça e a vedação do nepotismo.

A contratação de pessoas para desempenhar as atividades da administração pública sempre foi necessária e ganhou com a Constituição de 1988 um requinte de seriedade, justamente devido a preocupação com a moralidade administrativa, visto que expressou a necessidade de contratação por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos.

O administrador tem laços fraternos com alguém e munido desse intuito de ajudar a quem gosta, passou-se a fazer contratações de parentes visando, em regra, apenas o interesse particular em detrimento do interesse público, e ao invés de ter alguém realmente capacitado desenhando as atribuições de um cargo, tinha-se um parente sem a devida capacidade. É nesse viés que surgiu o nepotismo.

Desse modo, o nepotismo era recorrente na sociedade brasileira: no judiciário, no executivo e no legislativo; mesmo cientes de que a contratação de parentes, que caracterize nepotismo, viola a constituição esses poderes, continuavam não se preocupando em coibir tal conduta.

Até que, o judiciário ateu-se a esse fenômeno político-social, e por meio de seu órgão administrativamente regulador (Conselho Nacional de Justiça) editou a resolução n.º 7, proibindo a prática no âmbito desse poder: “Art. 1º É vedada a

prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.” (BRASIL, 2005).

A resolução do Conselho Nacional de Justiça é explicativa, descrevendo de forma exemplificativa quais relações de parentesco que caracterizam nepotismo, pois não serão todos parentes, em todas situações que se enquadram como nepotismo para o referido órgão. Vejamos o que dispõe o art. 2º da resolução:

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Res. 07, 2005)

Como pode ser inferido do texto, as hipóteses de configuração de nepotismo são exemplificativas, mas estabelece que ao juiz é vedado a contratação de parente para o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, de

cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau civil, e ainda estendeu a impossibilidade a outro servidor que exercesse cargo de direção ou assessoramento.

Diante desta resolução do Conselho Nacional de Justiça, vários juízes e desembargadores teriam que exonerar seus parentes dos cargos que exerciam no judiciário, contudo alguns decidiram não respeitar a Resolução, dizendo que o Conselho não poderia editá-la sob pena de estar legislando.

Dessa forma, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12 perante o Supremo Tribunal Federal visando declarar a sua constitucionalidade, e também a legitimidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para editar tal resolução.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente por unanimidade a ADC 12, sobre o fundamento de que o CNJ tinha legitimidade para regulamentar administrativamente princípios constitucionais do Art. 37, “*caput*” da Constituição Federal.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADC 12, ser constitucional a resolução, porque a vedação do nepotismo representa aplicação de no mínimo quatro princípios constitucionais, quais sejam: a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a isonomia.

Verificando os dizeres da resolução surge uma dúvida: quais relações de parentesco estão vedadas, por serem caracterizadoras de nepotismo, segundo o CNJ?

Aos cônjuges há a vedação, mesmo não sendo parentes, pois se fossem não poderiam serem casados, por se enquadrarem em uma das hipóteses de impedimento da lei civil, companheiro, que para fins de enquadramento como relação de nepotismo se equipara ao cônjuge, ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive.

Para melhor entendimento das relações e dos graus de parentesco recorreremos ao direito civil.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010) em sentido estrito a palavra parentesco corresponde a relação que vincula as pessoas que descendem uma das outras ou de mesmo tronco, ou seja, são consanguíneas. No sentido apresentado, não se enquadra a relação de afinidade, que apenas seria relação de parentesco em

sentido amplo, na relação inclui-se também a decorrente de adoção ou outro vínculo.

A afinidade, segundo Gonçalves (2010), é a relação que se estabelece entre um dos cônjuges com os parentes do outro, como o sogro, a sogra e o cunhado, estabelecendo-se por obediência legal durante o tempo que a lei determina.

Mais adiante, o autor menciona que os vínculos de parentescos se estabelecem em linhas e graus.

Em linha reta são os que descendem uns dos outros (pais, avós, filhos etc.), já na linha colateral são as pessoas que provém de um tronco comum, sem descenderem uma das outras (irmãos, sobrinhos, primos etc.). Na linha reta os graus são infinitos, já na colateral, de acordo como o Código Civil Brasileiro em seu art. 1592, se estendem até o quarto grau.

No que diz respeito a medição de graus entre dois parentes, há que se destacar que na linha reta são contados, segundo Gonçalves (2010), pelo número de gerações, sendo pai e filho, por exemplo, parentes em linha reta em primeiro grau, já na linha colateral há que subir até o ancestral comum e depois descer até a pessoa que se quer saber o grau de parentesco. Exemplo, quando se trata de primos, passa-se pelo pai, sobe-se até o avô, que é o ancestral comum e depois desce-se ao tio, chegando ao primo como sendo parente em quarto grau.

Para melhor compreensão vejamos o que leciona Carlos Roberto Gonçalves:

A distância entre dois parentes mede-se por graus. *Grau*, portanto, é a distância em gerações, que vai de um a outro parente. Na *linha reta*, contam-se os graus “*pelo número de gerações*”. Geração é a relação existente entre o genitor e o gerado. Assim, pai e filho são parentes em linha reta em primeiro grau. Já avô e neto são parentes em segundo grau, porque entre eles há duas gerações.

Na *linha colateral* a contagem faz-se também pelo número de gerações. Parte-se de um parente situado em uma das linhas, subindo-se, contando as gerações, até o tronco comum, e descendo pela outra linha, continuando a contagem das gerações “*até encontrar o outro parente*” (CC, art. 1.594). Trata-se do sistema romano de contagem de graus na linha colateral.

Assim, irmãos são colaterais em segundo grau. Partindo-se de um deles, até chegar ao tronco comum conta-se uma geração. Descendo pela outra linha, logo depois de uma geração já se encontra o outro irmão. Tios e sobrinhos são colaterais em terceiro grau; primos, em quarto. No caso dos primos, cada lado da escala de contagem terá dois graus. Também são colaterais de quarto grau os sobrinhos-netos e tios-avós, hipóteses em que um dos lados da escala terá três graus, e o outro um.

O parentesco mais próximo na linha colateral é o de segundo grau, existente entre irmãos. *Não há parentesco em primeiro grau na linha*

colateral, porque quando contamos uma geração ainda estamos na linha reta. Para a contagem dos graus, como se observa, utiliza-se sistema segundo o qual o ascendente comum não é incluído na contagem — *stipite deempto*. (GONÇALVES, 2010, p. 300)

Para compreensão do parentesco por afinidade é interessante recorrer ao Código Civil de 2002, que estabelece como afins alguns parentes do cônjuge ou companheiro, limitando-se aos ascendentes e descendentes do cônjuge e aos seus irmãos.

Com a união entre os cônjuges ou companheiros o Código Civil adotou a regra bíblica: “eles se tornaram uma só carne”, pois, a sogra e o sogro são parentes por afinidade em primeiro grau, e, seguindo esse entendimento o cunhado é parente afim colateral em segundo grau, estendendo-se até este a relação de afinidade colateral.

Importante notar que o término da relação conjugal não extingue a relação de parentesco com as ascendentes ou descendentes do cônjuge ou companheiro, mas ocorre a extinção em relação aos afins colaterais, surgindo a possibilidade de uma pessoa ter mais de uma sogra ou sogro.

2.1.1.2 O Conselho Nacional do Ministério Público e a vedação do nepotismo.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) também atento às condutas de nepotismo que ocorriam no âmbito do ministério público, após a Emenda Constitucional 45, editou, em consonância com seu regimento interno, para que houvesse respeito aos princípios elencados no art. 37 “*caput*”, a Resolução de número 1 na pretensão de vedar o nepotismo.

O conteúdo da primeira resolução do CNMP é bem similar ao da Resolução 7 do CNJ, analisada acima, precisando-se apenas ressaltar ambas vedam também as nomeações recíprocas, conhecidas como nepotismo cruzado que mais adiante será analisado.

A resolução 1 do CNMP, traz os seguintes termos quando trata da vedação:

Art. 1º. É vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e para as funções comissionadas, no âmbito de qualquer órgão do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros.

Art. 2º. A proibição não alcança o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo dos quadros do Ministério Público, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da

incompatibilidade.

Art. 3º. Não serão admitidas nomeações no âmbito dos órgãos do Ministério Público que configurem reciprocidade por nomeações das pessoas indicadas no art. 1º para cargo em comissão de qualquer órgão da Administração Pública, direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2005)

Pode-se notar que as proibições alcançam servidores exercentes de cargos efetivos, em outro órgão, que são cedidos para exercerem funções no ministério público e tenham seu cônjuge ou parentes até terceiro grau como chefe. A proibição, em análise literal da resolução, aplica-se apenas aos membros do ministério público, ou seja, só aos promotores de justiça, não se tendo aplicabilidade em relação a outros ocupantes de função de chefia.

Mas, não muito tempo depois a vedação do nepotismo não se restringiu aos membros do ministério público passando a ser aplicável, por meio da Súmula Vinculante 13, tanto aos demais servidores, como a toda a administração em sentido amplo.

2.2 A SÚMULA VINCULANTE 13 E A VEDAÇÃO DO NEPOTISMO.

O Supremo Tribunal Federal, com a decisão da ADC 12 que declarou a legitimidade e a constitucionalidade da Resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça e posteriormente com o Recurso Extraordinário 579.951, editou a Súmula Vinculante 13, que vedou o nepotismo no Brasil.

Ainda, julgou outros recursos que versavam sobre o mesmo assunto, com decisão no sentido de que a prática do nepotismo viola a constituição, em especial os princípios elencados nos art. 37 “*caput*” da Constituição Federal de 1988.

2.2.1 Precedentes.

Os precedentes que inspiraram a edição da Súmula Vinculante 13 foram a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12, o Recurso Extraordinário 579.951 e o Mandado de Segurança 23.780-5

A ADC 12 já foi objeto de análise, não sendo necessárias novas explicações, visto que, ela foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), visando a declaração da constitucionalidade da Resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça e teve seu julgamento procedente, tanto para dizer a legitimidade do CNJ

quanto para dizer a sua constitucionalidade.

Visto que o julgamento foi unânime sendo seguido, em quase todos os termos, o voto do relator (Ministro Carlos Ayres Britto), e que esse votou nos mesmos termos que outrora havia concedido liminar, aqui pode-se citar apenas sua decisão para melhor entendimento do julgamento e demonstração das decisões precedentes para a edição da Súmula Vinculante 13. Veja-se o teor da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade de Nº 12:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PRÓL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB- para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04).

Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 09/05, alterando substancialmente a de nº 07/2005.

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a

equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.

O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2o do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação." (BRASIL, 2008)

O ministro relator usou como fundamento nos termos acima, a medida liminar, e decidiu declarar a constitucionalidade da Resolução 7 do CNJ.

Outro precedente não menos importante, é o Recurso Extraordinário nº 579.951/RN interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte com relação a contratação de parentes no município de Água Nova/RN.

Neste Recurso Extraordinário foi examinada a nomeação de Francisco Souza do Nascimento e Elias Raimundo de Souza quanto ao exercício, respectivamente, dos cargos em comissão de motorista e de Secretário Municipal de Saúde, sendo que, o primeiro era irmão do Vice-Prefeito do Município de Água Nova, e o segundo, irmão de um vereador.

O Tribunal de Justiça daquele estado ao julgar a apelação reconheceu não estar vedado o nepotismo no âmbito do poder executivo e legislativo, visto que até aquele momento a única vedação era expressa na resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça, tendo aplicação apenas no âmbito do poder judiciário.

Ainda foi acordado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que só é aplicável a vedação do nepotismo aos cargos de natureza administrativa e não aos cargos de natureza política.

Ministério Público do Rio Grande do Norte demonstrou os requisitos

necessários para interpor um recurso extraordinário, quais sejam em apertada síntese, pré-questionamento e repercussão geral, (BRASIL, 2008) alegando ainda, que o nepotismo realizado no município de Água Nova e referendado pelo Tribunal de Justiça do estado, é contrário ao princípio da moralidade previsto no art. 37 “*caput*” da Constituição Federal, pois não pode ser analisados apenas dois incisos (II e V) de forma isolada, sobe pena do cometimento de um ato contrário à constituição interpretada como um todo harmônico.

Pugnou ainda o referido MP que os princípios constitucionais são autoaplicáveis sendo a conduta violadora de princípios constitucionais inconstitucional, visto que, mesmo sem norma que vede o nepotismo, há a aplicabilidade plena dos princípios esculpidos no art. 37 da Constituição Federal, uma vez que não há necessidade de norma regulamentadora para que possam ser aplicados a casos concretos.

Ademais, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) a violação a um princípio é mais grave que transgredir uma norma, pois implica ofensa a todo o sistema de comando do ordenamento jurídico. O princípio, por ser a base, a sustentação do direito, quando violado pode tirar a estrutura que mantém a ordem jurídica e ocasionar um mal mais grave do que a violação de uma norma.

É exatamente isso que ocorre quando se perpetua o nepotismo, uma violação a diversos princípios constitucionais, e com base nestes princípios julgou-se parcialmente procedente o Recurso Extraordinário em comento, pois a conduta caracterizadora de nepotismo viola o texto constitucional.

O relator do Recurso Extraordinário 579.951/RN, Ministro Ricardo Lewandowski, deu seu voto não aplicando a vedação do nepotismo ao cargo considerado político, por não haver ficado claro se houve nepotismo (nesse caso nepotismo cruzado), uma vez que o cargo de secretário era exercido pelo irmão de um vereador, sem ficar claro nos autos a troca de favores. Proferiu-se o voto seguintes termos:

[...] Por todo o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso extraordinário, dando-lhe parcial provimento, declarando nulo o ato de nomeação de Francisco Souza do Nascimento, considerando hígida a nomeação do agente político Elias Raimundo de Souza, em especial por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado, acompanhando, nesse aspecto, o entendimento da douta maioria. (BRASIL, 2008)

Houve discussão durante o julgamento a respeito da aplicação ou não da vedação do nepotismo a cargos políticos, alguns ministros sustentaram não ser aplicável, por estes cargos não estarem dispostos no capítulo “Da administração pública” na Constituição Federal, sendo cargos de poder e, portanto, indissociável a personalidade na escolha dos seus titulares. Todavia, veio à baila do julgamento as consequências que esse posicionamento traria na prática, mas, mesmo assim decidiram não aplicável.

Essas ponderações foram expressas no voto do Ministro Cesar Peluso:

“Em primeiro lugar – e não quero comprometer-me quanto a isso –, tenho certa dúvida, ainda, se o princípio se aplica, ou não, aos chamados agentes políticos. Este é o primeiro ponto. Mas acho sobretudo que o ponto fundamental é ligar o princípio da impessoalidade à relação que se estabelece entre o nomeado e a autoridade nomeante. Em outras palavras, o caso aqui não é de prefeito que nomeou o irmão de um vereador. **Então, a menos que – essa era a ressalva que faço – se tratasse do chamado ‘favor cruzado’, isto é, que o prefeito tivesse nomeado, como secretário, o irmão do vereador e este, na Câmara, tivesse, de algum modo, nomeado para a Câmara Municipal um parente do prefeito, eu veria, aí sim, característica típica do chamado ‘nepotismo cruzado’, que me parece alcançado pela regra da impessoalidade. Mas não é o caso.**

A meu ver, não se podem levar as hipóteses em que não haja vínculo de incompatibilidade entre a autoridade nomeante e o nomeado, a extremos. Se se imagina que o prefeito nomeou o irmão do vereador, porque teria interesse em agradar ao vereador, existe, também, a hipótese em que se nomeia terceiro, que não tem parentesco com nenhum agente público, mas tem parentesco com quem seja amigo do nomeante. Isto é, qualquer autoridade pode nomear alguém para cargo em comissão atendendo a amigo, e isso não é alcançado pela restrição do princípio da impessoalidade. Não se sabe o que se passa na subjetividade do nomeante: se é para atender a este ou àquele. Enfim, não há dado objetivo para o confronto dessa hipótese com o princípio da impessoalidade”. (BRASIL, 2008) (grifo nosso).

Nesse recurso o tribunal ressaltou, no caso concreto, o cargo político de secretário municipal da aplicação do nepotismo por ser cargo de confiança, dando possibilidade, desde que não fique evidente a troca de favores (nepotismo cruzado) e não sejam vinculados diretamente à autoridade nomeante de cônjuge/companheiro (a), e parentes para o exercício desses cargos.

Importante para fins de análise, que o ex-ministro Joaquim Barbosa não esteve presente, por que posteriormente demonstrou posicionamento contrário, como se verá adiante.

O ministro relator fez uma importante ressalva de se verificar o nepotismo no caso a caso para cargos políticos, pois havia a possibilidade de, após aquela

decisão os chefes do executivo contratar seus parentes para os referidos cargos.

Enfim, foi proferida a decisão dando provimento parcial nos termos do voto do relator, sendo o Recurso Extraordinário foi ementado nos seguintes termos:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (BRASIL, 2008)

Aqui se fala em cargos políticos e cargos administrativos, e no caso daqueles o Supremo Tribunal Federal abriu possibilidade para contratação de parente sem violar a Constituição Federal de 1988, mas dá evidências da auto aplicabilidade dos princípios esculpidos no art. 37 da CF para todos os poderes da república, proibindo o nepotismo nos cargos administrativos.

Neste momento surge uma dúvida: qual a distinção entre cargos administrativos e cargos políticos?

Existem várias classificações de agentes públicos, que é gênero, dos quais são espécies, segundo ensinamento de Di Pietro (2007), agentes políticos, servidores públicos, particulares em colaboração com o poder público e militares.

Segundo Di Pietro (2007), os agentes políticos são apenas os chefes dos poderes executivos federal, estaduais e municipais, ministros e secretários de estado, deputados, vereadores e senadores. São investidos, via de regra, por eleição, com exceção dos ministros e secretários que são de livre nomeação e exoneração.

Já o servidor público, para a autora, é a categoria mais ampla de servidores, compreendendo os servidores estatutários, que são ocupantes de cargos públicos e sujeitos a regime estatutário, empregados públicos, que ocupam empregos públicos e trabalham no regime celetista, por fim os servidores temporários, que exercem função pública e são contratados para atender a necessidade temporária e excepcional interesse público nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal.

Já Meirelles (2003, p. 73), faz uma classificação um pouco diferente da realizada por Di Pietro (2007), ele considera agentes públicos com sendo “todas as

pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”, portanto gênero, repartindo em cinco espécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Os Agentes políticos “são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.” (MEIRELLES, 2003).

Meirelles (2003) diferencia-se de Di Pietro (2007) com relação aos juízes pertencerem à classe dos agentes políticos, pois aquele os enquadram nessa classe, enquanto essa, apesar de ressaltar o posicionamento, deste discorda, mas é uma discussão que não vem à baila desse trabalho.

Os agentes administrativos, segundo o referido autor, são aqueles que têm vínculo com o estado ou com autarquias e fundações do ente federativo, tendo sua relação profissional sujeita ao regime jurídico da entidade, subordinando-se a uma hierarquia.

Segundo Meirelles (2003), os agentes administrativos se dividem em servidores públicos concursados, servidores que exercem empregos ou cargos em comissão, titulares de cargos ou empregos públicos, e servidores temporários.

Visto essa diferenciação fundamental para o correto discernimento do tema que se discute, e para que haja distinção adequada desses cargos, uma vez que sobre um olhar superficial, estariam vedadas as relações do nepotismo apenas nos cargos administrativos, passa-se a verificar outra decisão precedente da Súmula Vinculante 13.

Houve ainda, antes da vedação trazida pela referida súmula vinculante, outro precedente que foi o Mandado de Segurança 23.780-5.

Nesse mandado de segurança, impetrado no Supremo Tribunal Federal por Teresinha de Jesus Cunha Belfort, buscava reverter decisão do Tribunal de Contas da União, que procedeu a sua exoneração do cargo em comissão, DAS 5, que exercia no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª região, por ser irmã do vice-presidente do tribunal.

No STF, a impetrante sustentou que sua nomeação não era ilegal e que o Tribunal de Contas da União (TCU) não era competente para realizar o ato de

exoneração por ter base apenas em decisão interna.

Na relatoria realizada pelo ministro Joaquim Barbosa, e do mesmo modo também decidiu o pleno, denegou-se a segurança e mantiveram a exoneração diante da ilegalidade da nomeação por ferir o princípio da moralidade, que segundo o relator, é norteador de toda a administração pública em todas as esferas de poder.

Como pode-se notar, as condutas de nepotismos estão arraigadas na sociedade, pois mesmo a constituição vedando tais condutas, elas continuavam e foi necessário a edição de uma súmula vinculante com objetivo de inibir tal conduta na administração como um todo, deixando de estar restrita a vedação do nepotismo ao Poder Judiciário.

Para tanto, foi editado o verbete vinculante de nº 13, que poderia acabar com o nepotismo na administração pública, já que no âmbito restrito do Poder Judiciário já existia tal vedação.

2.2.2 A Súmula Vinculante 13.

Tendo por base esses precedentes e algumas outras decisões não mencionadas, pode-se seguir para análise da Súmula Vinculante nº 13, que tem redação nos seguintes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal. (BRASIL, 2008).

Primeiramente tem-se que analisar quais parentes, estabelecidos pela Súmula Vinculante ora mencionada, estão vedados de serem nomeados para as funções ou cargos, e para isso precisa-se recorrer às relações de parentesco antes estudadas, mas para melhor sistematização do conteúdo pode-se se orientar pela seguinte figura:

Figura 01- Parentes abrangidos pela Súmula Vinculante 13.

Graus de parentesco	Parente em linha reta	Parente colateral	Parente por afinidade.
1º grau	Pai, mãe e filho(a).		Padrasto, madrasta, enteado(a), sogro(a), genro e nora.
2º grau	Avô, avó e neto(a).	Irmãos.	Cunhado(a), avô e avó do cônjuge.
3º grau	Bisavô, bisavó e bisneto(a).	Tio(a) e sobrinho(a).	Concunhado(a).

Como acima descrito, a súmula proíbe a nomeação de parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau que inclui até mesmo o concunhado (a), mas não inclui os primos que, via de regra, tem uma relação bem mais próxima que os concunhados, mesmo assim, por só incluir terceiro grau, não os enquadram por serem parentes em linha colateral em quarto grau.

A autoridade nomeante que refere a Súmula Vinculante 13 é algo bem debatido. Conquanto exija-se, para fins de enquadramento na vedação trazida pela súmula, uma relação direta com a autoridade nomeante, a proibição não se refere somente a quem tem o poder de nomear, vinculando também agentes administrativo, com divergências acerca dos agentes políticos, que desempenhem funções de direção chefia e assessoramento nos termos da Constituição Federal, desde que tenham poder de nomear servidores.

Assim, mesmo sem delegação dos poderes de nomear por ato administrativo ou legal, o ato de nomeação de parentes ou cônjuge/companheiro(a) já estaria maculado se apenas caracterizar a pessoalidade. Desse modo, os termos do verbete referido visam vedar o resultado ocasionado pela conduta pessoal, mesmo que não seja decorrente da autoridade nomeante.

Nesse sentido, podemos caracterizar como proibida a nomeação pautada na pessoalidade de interesses de subordinados em detrimento do interesse público.

No que se refere ao alcance na estrutura do estado, o Supremo Tribunal Federal optou por restringir as nomeações no interior da pessoa jurídica e não do órgão para que houvesse abrangência maior, pois não possibilita a nomeação para

outro órgão da mesma pessoa jurídica em decorrência do princípio da impessoalidade que norteia a administração da coisa pública.

Seria sem sentido a verbete Sumular Vinculante 13 se impossibilitasse, por exemplo, um prefeito de nomear uma das pessoas proibidas pelos dizeres sumular do exercício de um cargo dentro de seu gabinete e ao mesmo tempo desse a possibilidade da nomeação em outra secretaria. Por isso a vedação é ampla e rígida.

É importante verificar ainda o significado do termo pessoa jurídica. O Código Civil de 2002 faz a divisão das pessoas jurídicas em de direito privado e de direito público, e estas estão divididas em pessoas administrativas e políticas. Já para poder determinar-se um órgão precisa-se valer das definições do direito administrativo, e Di Pietro (2007) define órgão como “uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”.

Portanto, órgão é um centro especializado de competências que integra uma pessoa jurídica, visto que não tem personalidade própria.

Com a definição ora exposta pode-se enquadrar os poderes da república como sendo órgãos, e na classificação doutrinária majoritária, são órgão independentes, como é expresso no art. 2º da Constituição Federal “são poderes independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário” (BRASIL, 1988), sendo, portanto, aplicável a vedação aos três poderes, que se enquadram dentro da pessoa jurídica da União, com extensão, pelo princípio da simetria constitucional, aos estados, Distrito Federal e municípios.

Para dar melhor entendimento do edito sumular Vinculante 13 é importante entender a diferença entre cargo, emprego e função públicos, bem como diferenciar as espécies do primeiro, a fim de que haja melhor compreensão da real vedação de nepotismo e para tanto recorrer-se-á à doutrina administrativa e nesse caso a Carvalho Filho que traz as seguintes definições.

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

A *função pública* é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em

função de apoio, função de direção, função técnica. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 663).

Assim, pode-se dizer que cargo público é um lugar nos quadros funcionais, com atribuições específicas, denominação própria, e remuneração correspondente, para ser exercido por um titular, nos moldes estabelecidos em lei.

Já a função pública é conjunto de atribuições, ou atribuição isolada como ocorre nas funções de chefia, que são conferidas pela administração a servidores individualmente ou a categoria profissional pelo exercício de serviços eventuais, ou seja é um feixe de atribuição a mais ao servidor.

Pode-se extrair que só é lícito exercer função quem de algum modo já é titular de cargo porque a função não tem lugar nos quadros da administração, sendo necessário, que alguém exercente de cargo tenha aumentado seu feixe de atribuições, ou seja, receba novas responsabilidades e assim exerça uma função de confiança.

Os titulares de empregos públicos são os que exercem atribuições sob o regime celetista, que tendo atribuições mais responsabilidades trabalham para entes da administração indireta como regra, não sendo de grande importância para o objeto de análise desse trabalho.

Segundo Carvalho Filho (2015) os cargos públicos agrupam-se em três categorias distintas: cargos efetivos, cargos vitalícios e cargos em comissão.

Os vitalícios garantem maior estabilidade, pois há permanência de seu ocupante, só podendo ser destituído de seu cargo em virtude de processo judicial, não sendo possível sua destituição por processo administrativo (após adquirirem essa qualidade). Tal garantia é necessária para que haja independência funcional, livrando de pressões, é o caso dos magistrados e membros do ministério público.

Cargos efetivos são aqueles que após três anos de efetivo exercício garantem estabilidade, e em não sendo pelo exercício de um cargo em comissão ou vitalício a única forma de pertencer aos quadros da administração é se tornado detentor de cargo efetivo por meio de concurso público. Só sendo possível a perda desse cargo por processo judicial ou administrativo com ampla defesa, por motivo de avaliação periódica de desempenho ou ainda para conter despesas com pessoal.

Já os cargos em comissão têm caráter de transitoriedade, seu exercício é baseado na confiança, devido a essa condição, muitas vezes, são denominados

cargos de confiança, sem necessidade de concurso público e com possibilidade de despedida *ad nutum*, ou seja, tem livre nomeação e exoneração nos termos da Constituição Federal.

Frisa-se aqui que as pessoas titulares de cargos em comissão só podem exercerem funções de direção, chefia e assessoramento, não podendo a lei criar cargos em comissão em lugar de cargos permanentes efetivos.

A Constituição Federal estabelece que as funções de confiança só podem ser exercidas por titulares de cargos efetivos, dizendo ainda que os cargos em comissão devem, em percentual mínimo, serem exercidos por titulares de cargos efetivos, e faz isso exatamente para evitar a imoralidade administrativa do nepotismo.

Feita as distinções acima resta salientar que a vedação do nepotismo trazida pela Súmula Vinculante nº 13 também é estendida a administração indireta (Autarquia, Empresa Pública, Fundação e Sociedade de Economia Mista), não se aplicando apenas à administração direta (União, Estados, DF e Municípios).

Por fim, precisa-se estudar o chamado nepotismo cruzado por ser conduta vedada pela Súmula Vinculante 13 pela violação da Constituição Federal, que estabelece princípios e padrões de ética a serem seguidos pelo administrador público na contratação de pessoal.

2.2.2.1 *O nepotismo cruzado.*

O nepotismo cruzado, também chamado de nepotismo transversal, é a famosa “troca de parentes por meio de designação recíproca”. Ocorre quando um agente de poder, diante do dever de nomear alguém para o exercício de determinado cargo, nomeia um parente de outra pessoa, que também tem poderes de nomeação, e esta última nomeia um parente da primeira, tentando disfarçar o nepotismo (CARVALHO FILHO, 2015).

Essa conduta segundo a Súmula Vinculante 13 também viola a constituição, visto que, apesar de aparentemente não haver conduta que se amolde ao nepotismo, pois a contratação não é realizada por parente até terceiro grau, essa mazela não pode prevalecer na administração pública, pois é ilegal ferindo preceitos constitucionais.

A título de exemplo, pode-se citar um determinado prefeito em consonância de desígnios com o presidente da câmara de seu município contrata o irmão do vereador para exercício de cargo em comissão na secretaria de saúde, enquanto o vereador contrata o irmão do prefeito para o exercício do cargo de assessor.

Por fim, nota-se que a conduta do nepotismo cruzado foi vedada pela súmula e, em tese não deve mais ocorrer, pois além de violar princípios constitucionais é expressa a proibição, ressalvadas as discussões quanto a vedação aos cargos políticos que será objeto de análise adiante.

Diante dessas discussões apresentadas, surge um tema de especial análise que é a questão do nepotismo ferir princípios da administração pública elencados no art. 37, “*caput*” da Constituição Federal, e para entendimento dos princípios bem como seu caráter normativo de vedação do nepotismo, que tem raízes históricas na sociedade, passa-se a analisar alguns e sua respectiva mitigação caso haja continuidade nas condutas nepóticas no Brasil.

3 MORALIDADE, EFICIÊNCIA E A IMPESSOALIDADE E O NEPOTISMO.

O desrespeito de um princípio corresponde à violação de todo o ordenamento jurídico (MELLO, 2007). Assim, via de regra, as condutas que consubstanciam o nepotismo, que ainda vigora na sociedade brasileira, violam diversos princípios, mas em razão do positivismo de normas do sistema têm-se a cautela em estabelecer diretrizes por meio de princípios.

Nesse ponto, no art. 37, “*caput*” da Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte estabeleceu como princípios basilares da administração pública a eficiência, a impessoalidade, a moralidade a publicidade e a legalidade. Contudo para a análise aqui proposta tem-se que decifrar apenas os três primeiros, não que seja de menos importância os demais, mas para o objeto desse trabalho, a conduta do nepotismo tem especial violação, ao da moralidade, eficiência e impessoalidade.

Na verdade, como pode-se falar em igualdade perante a lei, em imparcialidade sem haver a mínima chance para que os cidadãos em geral disputem os mais bem remunerados cargos públicos? Como compatibilizar a eficiência quando a nomeação de parente é pautada exclusivamente no vínculo familiar ou afetivo? Como pode haver bom emprego das verbas públicas se não ocorre o destino público e social, mas sim o aumento das verbas familiares? É nítido que a nomeação de parentes, mesmo para cargos políticos, que não respeite esses princípios constitucionais é um desvio de finalidade.

Assim, por surgirem questionamentos em relação aos termos impessoalidade e eficiência empregados no trabalho, resta dizer que são conceitos bem peculiares que serão a seguir tratados, a fim de se dissecar vedação das preferências, favoritismos e buscar com este estudo excelência na administração.

3.1 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E O NEPOTISMO.

No período pós-positivista atual, os princípios deixaram de ter apenas função interpretativa, tornando-se verdadeiras normas basilares do ordenamento jurídico, cabendo até mesmo decisões com base apenas em princípios. Munido dessa informação, poderemos nos reportar ao princípio da impessoalidade, presente no art. 37 “*caput*” da Constituição Federal, como norteador da administração pública em sentido amplo e também do Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula

Vinculante 13.

Algo impessoal, segundo o dicionário Aurélio (2004, p.1077) é: “1. Que não se refere ou não se dirige a uma pessoa em particular, mas às pessoas em geral. 2. Independente de, ou sobranceiro a qualquer circunstância ou particularidade.” Podemos notar que algo impessoal é aquilo que trata as coisas ou pessoas de forma igual, não levando em conta circunstâncias pessoais.

O objetivo da inserção do princípio da impessoalidade no texto constitucional reside no dever imposto à Administração Pública, em sentido amplo, de dispensar aos administrados tratamento igualitário para os que estão em situação de igualdade com os demais.

Assim leciona Mello sobre o princípio da impessoalidade:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. **Nem favoritismo** nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, 2007, p.110) (Grifo nosso).

No sentido apresentado no parágrafo anterior a impessoalidade se relaciona com o princípio constitucional da isonomia, e para Mello (2007) se confunde com ele, tendo a administração, querendo proporcionar isonomia e impessoalidade, que pautar seus atos exclusivamente no interesse público, pois é de extrema importância que na administração sejam vedados favorecimentos a uns em detrimento dos demais.

Sendo assim, a impessoalidade pode ser determinada, para fins desse trabalho, como um olhar neutro para as pessoas não dispensando preferências a determinados indivíduos, dando oportunidades iguais. Tem grande grau de similitude com a isonomia/igualdade, tratando os iguais com igualdade e os desiguais com a desigualdade capaz de torná-los iguais, nesse sentido Carvalho Filho (2015).

Baseado também na indisponibilidade do interesse público, o princípio da impessoalidade explicita a ideia de que o administrador não possa fazer valer suas paixões, na contratação de pessoal para a administração, não podendo tratar a coisa pública como patrimônio seu como ocorria no estado patrimonialista.

Decorrente dessa busca pelo abandono de práticas patrimonialista, o princípio da impessoalidade impõe que o agente público busque a finalidade da sua

conduta na lei, e a lei estabelece como princípio a busca da impessoalidade, para que não haja desvio de finalidade e o interesse público seja alcançado na conduta.

Assim, esse princípio deve nortear a administração para que ela seja impessoal, sem tratar aquele ou este indivíduo de maneira especial. Mas surge o questionamento: em uma sociedade, ainda patrimonialista, é possível conviver o princípio da impessoalidade e o nepotismo?

A resposta surge de plano, é óbvio que não, e nesse sentido de dar impessoalidade à administração pública é que surgiu a vedação do nepotismo.

O Ministro Carlos Ayres Britto, ao votar como relator na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12 em Medida Cautelar, que buscava a constitucionalidade da resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça, resolução que vedava o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, ao dizer o que considera como a impessoalidade buscada pela constituição e sua relação com o nepotismo, faz nos seguintes termos:

[...] o (princípio) da impessoalidade, consistente no descarte do personalismo. Na proibição do marketing pessoal ou da autopromoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que “não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio”. Conceitos que se contrapõem à multi-secular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado “nepotismo”. Traduzido este no mais renitente vício da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do “cruzamento” (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor); (BRASIL, 2008)

Vê-se aqui, a adoção do princípio da impessoalidade como fundamento para vedação do nepotismo, buscando dar tratamento isonômico a todas as pessoas, sendo exatamente contrário ao nepotismo, visto que não proporciona às pessoas em situação de igualdade os mesmos direitos.

O Ministro Cesar Peluso, também na ADC 12, tem seu voto no sentido do nepotismo contrariar o princípio da impessoalidade, mas utiliza como vetor do nepotismo a finalidade pública que deve ter o ato de nomeação:

Gostaria de versar a questão à luz de um só princípio explicitado pela vigente Constituição da República: o da impessoalidade.
[...]
As necessidades da administração pública dependem daquilo que Weber

denominava a “*dominação burocrática de impessoalidade formalística*”, cujo conteúdo relevava bem com a expressão latina *sine ira et studio*, ou seja, regida pelo dever jurídico estrito de não se deixar guiar, não se deixar conduzir, na tutela da coisa pública, nem por ódio, nem por amor. Nesse sentido, o princípio da impessoalidade está ligado à idéia de eficiência, porque constitui condição ou requisito indispensável da eficiência operacional da administração pública. Mas, a despeito disso, atua sobretudo como limitação ao exercício do poder discricionário de nomear funcionários em cargo de confiança.

Todos sabemos — e não é caso de o relembrar — que o poder discricionário, embora descrito como poder jurídico, na verdade se reduz, em última análise, à categoria de dever jurídico, isto é, o administrador tem de escolher, em determinadas situações, certas condutas de acordo com os princípios do ordenamento jurídico que regula a administração à qual serve.

Portanto, tem de assegurar a promoção da finalidade legal dos atos administrativos. O que limita esse poder, garantindo o alcance da satisfação das necessidades e dos interesses públicos, é o princípio da impessoalidade, o qual deve guiar o administrador na escolha dos quadros, não para servir ao que se crê dono do poder, isto é, o chefe, mas para acudir às necessidades da administração pública. Daí, a exigência constitucional, como regra, do concurso público.

A impessoalidade apresenta duas dimensões em relação ao exercício desse poder: diz respeito à titularidade em si e ao exercício do poder discricionário, jungido ao interesse público e ao bem comum. Seus traços substanciais estão exatamente nesses dois alcances: primeiro, coibir o exercício do poder voltado a favorecer ou a prejudicar pessoas, e, depois, impedir o personalismo no exercício desse poder mediante atos de promoção pessoal, que a mesma Constituição proíbe de maneira peremptória. Esse princípio, é bom repetir, no primeiro aspecto, sublinha o dever de preenchimento dos cargos públicos *sine ira et studio*, significando vedação de privilégios e, também, de perseguições pessoais. E, no segundo, a autopromoção.

De modo que, Senhor Presidente, não vejo como negar à prática do nepotismo a pecha de ofensa ostensiva ao princípio da impessoalidade, que, como tal, é objeto próprio do exercício do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 2008) (Grifo nosso).

O ministro faz um contraponto entre a discricionariedade do administrador e o princípio da impessoalidade, dizendo que a discricionariedade, na verdade, não é só um poder, mas sim um poder dever de resguardar o interesse público, devendo sempre compatibilizar com o princípio mencionado, e em não sendo possível compatibilizar, deve prevalecer a impessoalidade em consonância com o interesse público.

Pode-se notar nos dois posicionamentos que o princípio da impessoalidade é vetor da promoção de quem o administrador ame ou a desvalorização de quem ele odeie, pois deve observar o fim público na prática do ato de nomeação e esse fim não é o privilégio de alguns, mas sim de toda a coletividade que deve ter oportunidades de acesso iguais aos cargos, e devem ter seu preenchimento baseado apenas na meritocracia.

É nítido também, que a Constituição Federal deu discricionariedade ao administrador na contratação de alguns agentes públicos, contudo ela é mitigada por princípios como o da impessoalidade, por isso ao falar em meritocracia, não quer dizer que o administrador não poder escolher, nos termos estabelecidos em lei, quem exercerá determinados cargos e funções, contudo essa escolha deve pautar-se em critérios objetivos, e se a pessoa, mesmo sendo parente, atingindo todos os requisitos que o cargo exige, não esbarrando na Súmula Vinculante 13 e ainda respeitando os princípios constitucionais, em especial o da impessoalidade, pode ser contratada.

Seguindo os requisitos do parágrafo anterior está garantido, em regra, o princípio da finalidade/impessoalidade, pois o nepotismo não se configura quando há contratação que vise o fim público com tratamento isonômico de todos em situação de igualdade.

Contudo, é quase impossível a compatibilização do princípio da impessoalidade com o nepotismo, uma vez que a conduta de nomeação de parentes dificilmente se valerá apenas da meritocracia, pois se esses parentes fossem tão capacitados estariam exercendo excelentes cargos na iniciativa privada, que garante salários até melhores que os da administração pública, mas não é isso que se vê na realidade, pois o que prevalece na nomeação de parentes é a proteção da casta.

Após analisar o princípio da impessoalidade passa-se verificar como o nepotismo afeta o princípio da eficiência administrativa.

3.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O NEPOTISMO.

De início surgem alguns questionamentos: com todos os avanços que tem ocorrido no nosso mundo jurídico o nepotismo não é uma conduta contrária ao princípio da eficiência? Em nosso país o princípio da eficiência tem sido colocado o em pratica na administração pública?

O princípio da eficiência foi introduzido na atual constituição brasileira pela Emenda Constitucional 19/98, o que mostra uma necessidade crescente de boa gestão da máquina pública, e é exatamente o despreparo para essa gestão que vinha acontecendo até 1998. Antes o servidor não tinha de forma escrita esse dever de zelo, rapidez, perfeição e rendimento na prestação do serviço público. Esse

princípio veio para mudar essa situação.

Servidor significa aquele que serve (AURÉLIO, 2004), assim, acima de tudo ele deve ter um pensamento voltado ao público a que serve, e se preocupar com o “melhor servir”, contudo um servidor que não é contratado por meio de um processo seletivo que afira sua capacidade, compatibilidade e presteza para o cargo, em regra, não trará bons resultados para o cumprimento da eficiência.

A eficiência pode ser vista quando se gasta o menos possível e se obtêm o melhor resultado utilizando dos meios estritamente necessários, desse modo pode ocorrer a ineficiência no serviço público caso os critérios de contratação de pessoal sejam apenas pelas paixões ou relações de parentesco, pois deixara de contratar pela capacidade do indivíduo.

Segundo Diógenes Gasparini (2003) para que esse princípio seja eficaz o serviço público deve contar com três requisitos: 1 Ser realizado com rapidez; 2 Ser executado com perfeição; 3 Ter rendimentos satisfatórios, ou seja, resultados positivos.

Cumprido esses requisitos, para o referido autor, está realizado o princípio da boa administração, que para ele é a expressão do princípio da eficiência.

Marinela (2015) elencar dois mecanismos ou instrumentos para a busca da eficiência:

Estabilidade: segundo o art. 41 da Constituição Federal a pessoa nomeada para cargo efetivo após três anos de efetivo exercício adquire a estabilidade, e é exatamente a flexibilização dessa estabilidade um mecanismo de promover eficiência, pois o servidor que não for aprovado na avaliação especial de desempenho pode perder o cargo, assim a perda da estabilidade pode se dar por processo administrativo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, por processo judicial com transito em julgado e ainda pela avaliação periódica de desempenho.

Despesas com pessoal: racionalização da máquina administrativa. O poder público só pode gastar com pessoal o limite previsto na lei 101/00, que é a lei de responsabilidade fiscal, sendo que a União pode gastar até 50% de sua arrecadação, e estados e municípios até 60%. Atingido esse teto o ente federativo deve começar a exonerar servidores para cumprir o princípio da eficiência, primeiro deve reduzir os cargos em comissão e função de confiança em no mínimo 20%, não

sendo suficiente, deve exonerar os servidores não estáveis, todos se preciso.

Persistindo as despesas acima do permitido deve exonerar servidores estáveis, mas não a bel prazer, pois o cargo extinto não poderá ser criado novamente durante os quatro anos seguintes, nem mesmo algum outro cargo com funções assemelhadas ou idênticas. Resta salientar que o servidor deverá ser indenizado.

A eficiência no serviço público ocorre quando se gasta o menos possível e tem o melhor resultado utilizando os estritamente necessários para se produzir o resultado desejado.

Já para Celso Antônio Bandeira De Mello o princípio da eficiência é na verdade o princípio da boa administração:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'. (MELLO, 2007, p.117)

José dos Santos Carvalho Filho tece também sua crítica ao princípio da eficiência:

A inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja: quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade. Com efeito, nenhum órgão público se tornará eficiente por ter sido a eficiência qualificada como princípio na Constituição.⁸⁶ O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 31)

Mais especificamente, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, no exercício de suas competências, tendo alguns desdobramentos:

Tratamento imparcial, devendo tratar a todos os administrados de forma equânime, é claro, levando em consideração a medida da desigualdade de cada pessoa, e nesse sentido a contratação de cônjuge/companheiro(a) e parente afetam a eficiência.

Neutro, não deixar que suas paixões influenciem no local de trabalho, pois isso vai influenciar na produtividade, é exatamente nesse ponto que as paixões determinantes da nomeação, caracterizada como nepotismo, irá de encontro ao princípio da eficiência.

Participativa, levando em consideração o que as pessoas têm de melhor para oferecer, pois podem dar boas dicas para a efetividade do serviço público;

Eficaz, os meios empregados devem manter paridade com os fins executados;

Sem burocracia, aqui no sentido popular do termo, em que ocorre lentidão no sistema, assim não sendo eficaz;

Busca da qualidade, ao realizar determinado serviço deve prezar por prestar o melhor serviço existente no mercado para que a administração se torne eficiente;

Adoção dos critérios legais, devem sempre obedecer às leis, pois elas mostram a vontade da administração;

Adoção dos critérios morais, moral aqui é a coletiva que é estabelecida por leis costumes e todas as fontes que emanam direitos, tornando o princípio incompatível com a contratação de parentes, sem capacidades, para exercerem qualquer cargo na administração.

Esses desdobramentos, mostram a inter-relação entre os princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, de forma que a conduta que se enquadra no nepotismo viola não só o princípio da eficiência, mas todos os demais lá expressos.

Como a eficiência ocorre quando se gasta o menos possível e se obtêm o melhor resultado utilizando dos meios estritamente necessários, a ineficiência pode ocorrer no serviço público caso os critérios de contratação de pessoal sejam apenas pelas paixões ou relações de parentesco, pois deixara de contratar pela capacidade.

O princípio da eficiência também se traduz no tratamento de forma imparcial e neutra, devendo a todos os administrados serem dispensados forma equânime de tratamento, é claro, levando em consideração a medida da desigualdade de cada

pessoa, não deixando que as paixões influenciem no local de trabalho, por que afetam na produtividade.

Evitar desperdícios, otimizando a produtividade, e utilizando apenas os meios necessários para realizar o fim público, é a vontade e o objetivo da Constituição Federal de 1988, e nesse viés ela veda reflexamente, e diretamente por meio dos princípios, várias condutas de nepotismo.

Contudo, nem toda conduta de nepotismo viola o princípio da eficiência, visto que podem ter parentes que estejam exercendo com presteza e utilizando o mínimo possível de recurso obtendo os melhores resultados, e nesses casos as condutas descritas pela Súmula Vinculante 13 como nepotismo não estariam a violar o princípio em comento.

Pôde-se notar que o nepotismo, em regra, é conduta contrária ao princípio da eficiência, e por ainda prevalecer essa mazela na sociedade brasileira a eficiência não tem tido muita efetividade, e isso é o que ocorre quando se mantêm parentes ineficientes no lugar de pessoas que tenham mérito para exercerem os cargos.

Mas o nepotismo não é conduta apenas violadora da eficiência, pois também merece ter uma análise sobre o prisma do princípio da moralidade, para tornar claro a violação a moral jurídica de tal conduta.

3.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E O NEPOTISMO.

O conceito de moral parece a priori algo indeterminável, ficando a critério de cada um decidir o que é moral ou imoral, é nesse ponto que a moral administrativa se diferencia da moral comum.

O conceito de moralidade administrativa segundo Di Pietro é:

“Conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”; implica saber distinguir não só o **bem** e o **mal**, o **legal** e o **ilegal**, o **justo** e o **injusto**, o **conveniente** e o **inconveniente**, mas também entre o **honesto** e o **desonesto**; há uma **moral institucional**, contida na lei, composta pelo Poder Legislativo, a há a moral administrativa, que “é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”. (DI PIETRO, 2006, p. 92) (Grifo do autor).

O princípio da moralidade impõe ao administrador o respeito aos preceitos éticos em suas condutas, pois deve verificar se a conduta realizada respeita não

apenas os padrões de legalidade ou ilegalidade, mas também de oportunidade e conveniência, justo e injusto e principalmente se sua conduta é honesta ou desonesta.

Importante ressaltar no conceito de moral jurídica é o fato dela condicionar o exercício do poder discricionário do administrador, pois mesmo o ato de nomeação de agente político, que é discricionário deve estar sob a égide da moralidade, portanto restringindo a contratação de parentes para tais cargos.

Para Manoel de Oliveira, no livro “O controle da moralidade administrativa” a moral administrativa se divide em moral objetiva e subjetiva:

A moralidade objetiva - Não há dúvida que toda regra jurídica é por excelência moral. Que não se permite a norma fora dos pressupostos de moralidade. Contudo, na execução do ato administrativo, ou na aplicabilidade dele, não se desmerecem os critérios objetivos e subjetivos. O problema da soberania estatal e a necessidade de autoridade não é uma questão como se pretende fazer crer⁵. Decorre não de situações políticas emergentes, mas de implicações históricas onde direito e autoridade se complementam na ordem jurídica institucional.

Também nesse liame entre o fato *direito* e o fato *autoridade*, a moral passa a conscientizar uma relação de ordem, uma vez que as ações humanas “recebem sua moralidade do objeto formal, constituído da matéria com que operam e da relação desta com a ordem” e com o fim.

O que preocupa o direito, e isso para fundamentação para o princípio da legalidade, é que existem graus de objetividade no bem e no mal moral, ou seja, “porque certas ações são de si mesmas mais perfeitas e outras mais desformes”⁷, inclusive as que nascem dos atos jurídicos.

Na verdade, frente à realidade, aconteça de as teorias firmarem orientações díspares, o fenômeno é o mesmo: atos aparecem que, embora bons e legais em si, trazem consigo um predomínio de parte, isto é, um desvio que tende à violação da razão ou da lógica jurídica.

A moralidade subjetiva – por falar em razão ou em lógica jurídica, mesmos para os teóricos do arbítrio subjetivo da Administração, nada justifica a forma extralegal de se produzir o direito, como se fosse um mal a transplantação dos princípios do direito natural para o mundo jurídico positivo⁸.

Acredita-se que a moral subjetiva de qualquer ato, com maior relevo no ato administrativo, deve ser determinada pela intenção concreta, isto é, “considerada não somente em si, como também nos meios pelos quais pode ser efetuada e nas circunstâncias acidentais todas, que possam manter alguma relação com a ordem moral”. A malícia de um ato, seja este público ou privado, afasta-o da moralidade legal. Do bem geral como um fim. Pode se dizer que a moralidade, tal como o tempo e o escopo, é uma categoria fundamental a toda experiência jurídica. (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 33)

No aspecto subjetivo da moralidade os atos praticados no exercício da função administrativa têm relação com a vontade interior do praticante do ato, isso se deve a fim de possibilitar a boa administração, que é um dever, e também um poder, pois partindo, muitas vezes, da discricionariedade deve ser conduzido a um

ato que garanta a finalidade pública, como é o ato de contratação de pessoal,

O princípio da moralidade se impõe na contratação de pessoal, pois é de salutar importância contratar pessoas que exerceram a atividade de forma eficiente, e o princípio em comento é um norte.

Nesse momento surge uma pergunta: a contratação de parentes para o exercício de cargos na administração pública sem obedecer ao princípio do concurso público, que garante isonomia, não viola o princípio da moralidade?

Em regra viola, contudo os administradores públicos arraigados nessa cultura administrativa patrimonialista parecem não levarem em conta o que é justo, honesto e oportuno. Quando deixa-se de seguir preceitos éticos na conduta de contratação, impera a imoralidade administrativa tamanha.

Importante delimitar que a moral administrativa é diferente da moral comum, pois a administrativa baseia-se na escolha do honesto, ético e conveniente e é delimitada na lei, desse modo a conduta moral é aquela que obedece a lei e é pautada nos padrões éticos, conveniente, honesta com boa-fé objetiva probidade e lealdade.

Nesse sentido leciona Meirelles:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.” (MEIRELLES, 2012, p. 90).

A Constituição Federal de 1988 ao trazer em seu art. 37, “*caput*”, o princípio da moralidade, na verdade trouxe um dever de moralidade, uma verdadeira norma vetadora de condutas imorais, nessas condutas está embutida a conduta do nepotismo, que apesar de não ser vedado expressamente no texto constitucional, é uma conduta imoral e interpretando-se de modo teleológico o princípio em comento pode-se chegar à síntese de que essa conduta é extremamente incompatível com esse princípio.

O bom administrador deve ser conhecedor da lei, e também dos princípios, e deve ter sempre em mente que está lidando com a coisa pública, e nesse desiderato manter suas condutas impessoais e pautadas nos princípios éticos e morais.

Ainda, vale ressaltar que a ofensa a moralidade administrativa é ato de

improbidade administrativa, pois além de atentar contra princípio, causa prejuízo ao erário, como regra, nos termos da lei nº 8.429/92.

Assim, via de regra, o ato de nepotismo é um ato que atenta contra o princípio da moralidade, portanto conduta configuradora de improbidade administrativa nos termos da referida lei, e em sede considerada a conduta como nepotismo o nomeante condenado fica obrigado a ressarcir o dano de forma integral, tem seus direitos políticos suspenso em graduação de três a cinco anos e proibição de contratar com o poder público pelo prazo de três anos.

Por fim, precisamos analisar a possibilidade de aplicação da Súmula Vinculante 13 aos cargos políticos, uma vez que é assunto polêmico e de necessária elucidação ante as decisões que emanaram do STF e STJ a partir da publicação da referida súmula.

4 APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13 AOS CARGOS POLÍTICOS.

O nepotismo com já exarado neste trabalho é a conduta desmoralizante de nomear parentes ou cônjuge/companheiro(a) para funções de confiança e cargos de provimento em comissão, que engrandeça a promoção familiar em detrimento da capacidade para o exercício das funções, sendo um vício arraigado na sociedade há muitos anos, em que a administrador trata como seu o patrimônio, humano ou bens, que pertence à coletividade. Sendo contrário aos princípios republicanos de uma sociedade democrática.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 13 que vedou a conduta de nepotismo no país, com fundamento nos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, por serem são contrários a contratação de parentes até terceiro grau, cônjuge e companheiro para exercerem atividades, sem concurso público, na administração.

Contudo, por ser a Súmula Vinculante 13 elaborada com base em diversos precedentes, como já vistos, ela foi objeto de interpretações divergentes pelo próprio tribunal, como ocorrem com quase todas as normas, o que ocasionou alguns posicionamentos que destoam entre si.

4.1 CONFLITOS NA JURISPRUDÊNCIA.

Em sede de aplicação da Súmula Vinculante 13 surgiram vários posicionamentos divergentes em relação sua aplicação aos cargos políticos. Nesse viés houve decisões que restringiram-lhe os limites, sem análise do que a doutrina entendia ou mesmo levar em consideração a manifesta contrariedade dessas decisões com o asseio popular de justiça, assim, a incerteza em relação ao alcance da referida norma tem causado grande discussão no meio jurídico.

A mais gravosa é a que surgiu das primeiras decisões da corte, em sede monocrática, após a edição do enunciado sumular, que foi a possibilidade de contratação de cônjuges/companheiro(a) e parentes até terceiro grau para o exercício dos denominados cargos políticos como pode ser verificado nos seguintes julgados: (Rcl. 6650 MC, Relatora Min. Ellen Gracie de 24/09/2008; Rcl. 6650 MC-AgR, também de relatoria da Ministra Ellen Gracie e a Rcl. 7.590-MC cujo relator foi o Ministro, Menezes Direito.

Contudo esse posicionamento adotado, apesar de ser o mais difundido, é equivocado afirmar que essa é a posição do STF, que em decisões mais acertadas restringiu a nomeação de cônjuge e parentes para os cargos políticos, pugnando pela verificação em cada caso se a conduta do nomeante para o cargo político se enquadra ou não como nepotismo.

Esse posicionamento foi emanado nas seguintes decisões: Rcl 8625, relatora Ministra Ellen Gracie de 01/12/2009, Rcl 6938 MC, relatora Ministra Cármen Lúcia, de 22/08/2011, Rcl 11605 MC, relator Ministro Celso de Mello, de 29/06/2012, Rcl 14.497 MC, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, de 11/10/2012 e a Rcl. 7590, relator Ministro Dias Toffoli, de 30/09/2014. Além desses há julgamento no mesmo sentido, e mais atual, do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial 1.516.178/SP de junho de 2015.

Outro posicionamento, baseado nos princípios republicanos, foi o emanado da Reclamação 12478 do Rio de Janeiro, que teve como relator o Ministro Joaquim Barbosa em que foi decidida a aplicabilidade da Súmula Vinculante 13, por não estar tal ressalva de cargos políticos presente no texto sumular, além de ser contra os princípios da administração pública.

A seguir analisar-se-á as decisões mencionadas verificando a plausibilidade ou não dos posicionamentos iniciando pelo que diz não ser aplicável a Súmula Vinculante 13 aos cargos políticos por se tratarem de cargos de alto grau de confiança e serem cargos que formam a estrutura do estado sendo de fundamental importância para o exercício do poder.

4.1.1 Não se aplica aos cargos políticos.

De acordo com o entendimento mais difundido na corte logo após a edição da Súmula Vinculante nº 13, só haveria aplicação do verbete aos cargos em comissão que fossem puramente administrativos e às funções de confiança, ambos sendo de livre nomeação e exoneração, sem haver aplicação aos cargos políticos.

Nesse sentido leciona Carvalho filho quando tece seus comentários à Súmula Vinculante 13:

A determinação guarda algum radicalismo e certamente provocará algumas injustiças, visto que existem parentes ocupando cargos e funções de

confiança dotados de eficiência, interesse administrativo e espírito público. Não obstante, tantos foram os abusos cometidos e os apadrinhamentos ocorridos, e tão densa se revelou a insatisfação social com esse estado de coisas, que a reação acabou por exceder os limites em função dos quais foi oposta. Essa é a constatação que, numa visão sociológica, frequentemente se encontra. Por outro lado, a norma, tal como veiculada, provocará algumas complexidades em sua aplicação.

Ficaram, porém, fora da proibição as nomeações de parente para cargos políticos, como os de Ministro ou Secretário Estadual ou Municipal, e isso em virtude de terem esses cargos natureza eminentemente política, diversa, portanto, da que caracteriza os cargos e funções de confiança em geral, os quais têm feição nitidamente administrativa. Sendo assim, será lícito que Governador nomeie irmão para o cargo de Secretário de Estado, ou que Prefeito nomeie sua filha para o cargo de Secretária Municipal de Educação.⁶⁷ (CARVALHO FILHO, 2015, p. 25) (Grifo nosso).

É dizer que cargos da mais alta estrutura do estado, com remunerações muito elevadas podem ser titularizados por parentes de grau próximo sem o nomeante estar cometendo nepotismo ou ato de improbidade administrativa que atente contra princípios.

Esse foi o posicionamento adotado nos seguintes julgamentos: (Rcl. 6650 MC, Relatora Min. Ellen Gracie de 24/09/2008; Rcl. 6650 MC-AgR, também de relatoria da Ministra Ellen Gracie e a Rcl. 7.590-MC cujo relator foi o Ministro, Menezes Direito.

Ao julgar a Rcl 6.650-MC-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, teve entendimento parecido com o estabelecido no RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 20.8.2008, mencionando que realmente não se aplica a Súmula Vinculante nº 13 aos cargos políticos. Como se verifica no primeiro julgado citado:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.

1 Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2008)

Essa parece a interpretação mais correta, isso por ser a mais difundida e responder aos anseios das autoridades nomeantes que têm enraizada a cultura do nepotismo, entretanto, é uma interpretação restritiva da Súmula Vinculante nº 13 que chega a esse posicionamento como mais acertado.

Contudo, o posicionamento que a relatora se refere foi em julgado que não era possível verificar nos autos as designações recíprocas, pois o exercente de cargo político no Recurso Extraordinário 579.951/RN era o irmão de um vereador que foi nomeado para ser secretário municipal, não havendo nos autos como comprovar que havia ocorrido designações recíprocas.

O posicionamento também foi seguido em outros julgamentos versando sobre a questão do nepotismo nos cargos políticos como podemos verificar na medida cautelar da Reclamação 6938 MG:

[...] A Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal tem a seguinte redação: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. 9. **Este Supremo Tribunal assentou a necessidade de verificação da natureza do cargo ocupado. Sendo ele de natureza política, não há que se falar em nepotismo. Contudo, sendo de natureza administrativa, incide a Súmula Vinculante n. 13 deste Supremo Tribunal.** (BRASIL, 2011) (Grifo nosso).

Dessa decisão de Medida Cautelar pode-se extrair que a Suprema Corte brasileira estabeleceu o não alcance do nepotismo nos cargos políticos, pois os favorecimentos nesses cargos não são condutas violadoras dos princípios constitucionais, e caso seja um cargo administrativo estaria abarcado pelo verbete sumular, sendo conduta incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Entretanto, essa é uma forma de promover o nepotismo, pois quando se proíbe o nepotismo nos cargos administrativos e o permite nos cargos políticos o que se vê é a transferência dos parentes de cargos bem singelos, para cargos mais elevados da estrutura do estado, então os que outrora ocupavam cargos administrativos agora passam a serem secretários e ministros.

Pode-se exemplificar: um irmão de governador poderia ser nomeado para exercer cargo de Secretário da Educação, mas não poderia para ser motorista, nem

diretor de algum estabelecimento que fosse vinculado ao governador.

Essa diferença é no mínimo estranha, pois a proibição do nepotismo parece ter vindo exatamente para coibir a conduta que esse posicionamento restritivo louva. Restringindo o acesso apenas a serviços “braçais” deixando livre a nomeação para os cargos onde deveria haver maior seletividade baseada na capacidade, pois eles compõem uma estrutura fundamental para o desenvolvimento do estado, visto que deles dependem o cumprimento dos objetivos estatais, está enquadrado em conduta violadora dos princípios constitucionais.

Por isso, essa exceção dos cargos políticos tem se tornado a regra, desmoralizando a Súmula Vinculante nº 13, permitindo que haja, em cargos elevados, favorecimentos de parentes em desconformidade com a meritocracia, que é garantida com a aplicação do princípio da impessoalidade, e ainda com o princípio da moralidade.

Assim, a Súmula Vinculante 13, mesmo não estando expressa a exceção dos cargos políticos em seu texto, segundo esse entendimento, não é aplicável, pois esses cargos formam uma estrutura fundamental de poder, sendo preponderante na sua escolha a discricionariedade do administrador. Portando, mesmo havendo uma relação de favorecimento de cônjuge e/ou parentes, não se enquadra como nepotismo.

Enfim, esse entendimento não se adequa aos princípios constitucionais, pois a discricionariedade na escolha desses cargos deve ser um poder-dever com necessária obediência aos princípios constitucionais de uma sociedade democrática.

Em que pese tal discernimento, há outro no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (Rcl. 7590 de 30/09/2014 e Recurso Especial 1.516.178 de junho de 2015) que prezam pela verificação da relação do nepotismo no caso a caso (BRASIL, 2015).

4.1.2 Aplicação verificada no caso concreto.

Em outros julgamentos o Supremo Tribunal Federal (STF) parece adotar o posicionamento em que a incidência da Súmula Vinculante 13 deve ser verificada no caso concreto se há ou não o nepotismo quando da nomeação para cargo político, e em havendo deve ser condenado o nomeante por ato de improbidade administrativa

que atente contra princípios da administração pública.

O STF ao tratar desse assunto em alguns julgados disse que devem ser apuradas caso a caso as situações que não sejam razoáveis as nomeações e, portanto, abusiva, sem deixar de analisar se houve o nepotismo na modalidade cruzado, e dentro da razoabilidade não sendo constatado nepotismo, nem as designações recíprocas, poderiam ocorrer as nomeações de parentes para cargos políticos.

Este é o que pode ser visto nas seguintes decisões: Rcl 8625, relatora Ministra Ellen Gracie de 01/12/2009, Rcl 6938 MC, relatora Ministra Cármen Lúcia, de 22/08/2011, Rcl 11605 MC, relator Ministro Celso de Mello, de 29/06/2012, Rcl 14.497 MC, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, de 11/10/2012 e a Rcl. 7590, relator Ministro Dias Tofolli, de 30/09/2014. Posicionamento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.516.178/SP de junho de 2015.

A Reclamação 7590, cujo relator foi o Ministro Dias Tofolli, datada de Setembro de 2014, estabeleceu que a verificação do nepotismo nos cargos políticos deve ser julgada no caso a caso a fim de verificar se na ação em julgamento houve eventual “troca de favores” o que evidenciaria uma fraude a lei, vejamos:

Reclamação – Constitucional e administrativo – Nepotismo – Súmula vinculante nº 13 – Distinção entre cargos políticos e administrativos – Procedência.

1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos.
2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei.
3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13.
4. Reclamação julgada procedente. (BRASIL, 2014).

No mesmo sentido, foi uma observação feita pelo ministro Ricardo Lewandowski em seu posicionamento no agravo regimental da medida cautelar da reclamação 6.650:

[...] Eu me permitiria fazer uma pequena observação. **Por ocasião do julgamento do leading case que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de a nomeação ser para um cargo político**

nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo. É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato. (Rcl 6.650-MC-AgR/PR, inteiro teor, pg. 292) (grifo nosso).

Ainda, há outras decisões como a Medida Cautelar na Reclamação de 14497 de São Paulo em que o Ministro Joaquim Barbosa estabelece:

Esta Corte apreciou exceções à vedação ao nepotismo em pelo menos duas oportunidades: ao julgar o RE 579.951, rel. Min. Ricardo Lewandowski e a RCL 6.650-MC-AgR, rel. Min. Ellen Gracie. Em ambos os casos, a Corte excluiu da incidência da Súmula Vinculante nº 13 a situação de nomeação de irmãos para cargos de natureza política, como Secretário de Estado. A Corte assentou, ainda, que aqueles julgamentos não deveriam ser considerados como precedentes específicos, pois a abordagem do nepotismo deve ser realizada caso a caso. (BRASIL, 2012)

Se no caso concreto verificasse a incapacidade técnica-intelectual para o desempenho das atribuições do cargo político seria razoável a exoneração.

É o que pode-se notar também, em notícia veiculada pelo STF em 15/02/2016 informando que deve ser verificado no caso a caso o nepotismo nos cargos políticos, sendo verificada fraude à lei ou nepotismo cruzado seria razoável a responsabilidade do agente nomeante:

[...] Ao julgar procedente a reclamação e determinar que a ação civil pública contra o prefeito afastado retome seu curso, o ministro Fux afirmou que o entendimento fixado pelo STF foi o de que a vedação ao nepotismo é consequência lógica do caput do artigo 37 da Constituição Federal, em obediência aos princípios da moralidade e da impessoalidade. O ministro Fux lembrou que, nesses casos, a configuração ou não do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de verificar a eventual ocorrência de “nepotismo cruzado” ou outra modalidade de fraude à lei e descumprimento dos princípios administrativos. “Nessa seara, tem-se que a nomeação de agente para exercício de cargo na administração pública, em qualquer nível, fundada apenas e tão somente no grau de parentesco com a autoridade nomeante, sem levar em conta a capacidade técnica para o seu desempenho de forma eficiente, além de violar o interesse público, mostra-se contrária ao princípio republicano”, asseverou.³

³ Nomeação para cargo político não afasta aplicação da súmula sobre nepotismo

O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou o prosseguimento de ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público de São Paulo (MP-SP) contra o prefeito afastado da cidade de Campina do Monte Alegre (SP). Acusado da prática de nepotismo, Orlando Dozinete Aleixo nomeou o sobrinho para o cargo de secretário municipal de administração, planejamento e finanças, e o cunhado para o cargo de secretário municipal de segurança pública e trânsito.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) extinguiu a ação pública, sem resolução de mérito, alegando impossibilidade jurídica do pedido, sob o entendimento de que a Súmula Vinculante nº 13 do STF (que veda o nepotismo) não se aplica aos cargos de natureza política, como os cargos de secretários, questionados na ação. Na Reclamação (RCL) 17102 ajuizada no Supremo, o MP-SP alegou que a interpretação dada pelo TJ-SP à SV nº 13 está equivocada, já que os juízes não podem criar direito novo na interpretação de súmulas vinculantes.

[...]

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309934>. Acesso: 18/02/2016.

Contudo, seria um posicionamento perigoso, por levar ao Supremo Tribunal Federal casos do varejo cotidiano que não lhe competem e nem há possibilidade de julgamento em tempo razoável de todos os processos de caso concreto. Pois, o objetivo dessa corte, precipuamente, é julgar em abstrato e não casos concretos.

No Recurso Especial 1.516.178/SP, de junho de 2015, o Superior Tribunal de Justiça também seguiu esse entendimento da verificação ser realizada no caso concreto e determinou a exoneração do cônjuge da prefeita do município de Pilar do Sul/SP que exercia cargo de secretário municipal:

6. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se subsumem, em regra, às hipóteses descritas na Súmula Vinculante n. 13/STF, no entanto, "*a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual "troca de favores" ou fraude a lei*" (Rcl 7.590, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224, DIVULG 13-11-2014, PUBLIC 14-11-2014.).

7. As considerações feitas pelo Tribunal de origem NÃO afastam a prática do ato de improbidade administrativa, caso em que a conduta dos agentes se amoldam ao disposto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da Administração Pública, em especial a impessoalidade. Precedentes. (BRASIL, 2015)

Portanto, havendo afronta aos princípios constitucionais deverá incidir vedação, e no caso acima verificou-se que a nomeação do cônjuge não obedecia a constituição e no caso a caso foi determinada a exoneração.

Em predominando essa posição, o mais acertado será a realização de uma reedição do verbete sumular para esclarecer se deve ou não ser aplicado de forma geral e abstrata aos cargos políticos a vedação do nepotismo, pois, mesmo estando presente a possível autorização de contratação de parentes pela Súmula Vinculante 13, como pode ser verificado em várias decisões do Supremo Tribunal Federal, nem sempre poderá haver tal contratação, vez que como os administradores devem respeito a princípios constitucionais, como os elencados no art. 37 caput da CF que vedam práticas lesivas ao bem público, assim devem basear seus atos de nomeação também por estes princípios.

A prevalência atual dessa posição não inibe o nepotismo, pois como se verificou sob a égide dos primeiros julgados após a edição da Súmula Vinculante 13, ocorreu a promoção do nepotismo para os cargos mais elevados que os puramente administrativos, que continuam, ainda, ante a imprecisão da verificação ocorrer no caso a caso, dando margens a casos como o do atual governo do estado de

Roraima.

No referido estado, após as promessas de campanha contra a manutenção de oligarquias no poder ocorridas naquele ente, a eleita governadora Suely Campos nomeou cerca de 18 parentes para o exercício de cargos importantes na administração, dentre eles está a nomeação das filhas Danielle Araújo e Emília Santos para serem secretárias, está assumiu a Casa Civil e aquela a Secretaria Estadual de Trabalho e Bem-Estar Social (Setrabes). A lista segue com a nomeação da irmã Selma Mulinari para a Secretaria Estadual de Educação (Seed), além de vários sobrinhos para outros cargos com status de secretários de estado.

Segundo o portal de notícias G1⁴, Suely Campos ainda nomeou os sobrinhos Fred Linhares para a Secretaria Estadual de Gestão Estratégica e Administração (Segad), Paulo Linhares e Kalil Coelho, respectivamente adjunto e titular da Secretaria Estadual de Saúde (Sesau) e seu sogro Josué Filho para a Secretaria Estadual de Justiça e Cidadania (Sejuc). A lista segue com vários outros nomeados parentes por afinidade, como nora, concunhado e cunhado.

Outro recente exemplo de nomeação para cargos políticos de parentes foi o do prefeito de Ticiba/SP, que nomeou sua esposa e seu irmão para secretários do município, além do mais, no início de seu mandato modificou a lei a fim de estabelecer no âmbito daquela municipalidade que os cargos de secretários eram de natureza política.⁵ Esses são apenas alguns exemplos diante da imensidão de casos que ocorrem no Brasil, pela falta de moralidade e também em decorrência das divergências ora estudadas.

Nomear parentes para cargos públicos é voltar no tempo, e se embasar em uma época em que o patrimonialismo era reinante, sem diferenciação entre o patrimônio público e o do administrador, além de ser antidemocrático. Porque não nomear um servidor de carreira ou um especialista na área? Pois esse deve ser o papel do governante: nomear os melhores para as funções, respeitando padrões morais legais e éticos.

Diante dos exemplos apresentados questiona-se: a posição atual do STF

⁴ Filhas e irmã da governadora de Roraima são nomeadas para primeiro escalão. **G1**, Roraima, jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/01/filhas-e-irma-da-governadora-de-rr-sao-nomeadas-para-primeiro-escalao.html> Acesso em: 05/02/2016.

⁵ Prefeito é acusado de nepotismo por nomeação de esposa e irmão. **G1**, Presidente Prudente, SP, fev. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2016/02/prefeito-e-acusado-de-nepotismo-por-nomeacao-de-esposa-e-irmao.html> Acesso em: 05/02/2016.

tem respondido aos anseios de justiça? Veda na prática o nepotismo na administração? É compatível com os preceitos republicanos de uma sociedade democrática de direito?

As respostas a essas perguntas são não. Por isso, apesar da prevalência desse posicionamento, ele na prática não proporciona censo de justiça, não faz a vedação ao nepotismo ser efetiva, pois ante a impossibilidade lógica do STF julgar todos os casos de nepotismo no Brasil, uma vez que, em tese, sempre que houver decisão que veda o nepotismo nos cargos políticos cabe Reclamação, ele não pode prevalecer.

Outro ponto interessante é a morosidade processual, assim até que uma Reclamação Constitucional fosse julgada já haveria o encerramento do mandato, sem contar que diante dos milhares de municípios existentes no Brasil, com modificação de gestor, no máximo a cada 8 anos, haveria inúmeros casos sendo levados ao STF todos os anos, desse modo a edição da súmula vinculante torna-se sem grade efeito.

Pode-se concluir que esse posicionamento, apesar de ser mais recente e predominar no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, tem um grande problema, pois diante da inexistência de regras com caráter geral para serem aplicadas aos casos eles são levados à corte máxima, causando muitos processos versando sobre o mesmo tema.

É exatamente para inibir que inúmeros processos versando sobre o mesmo tema que se criou a súmula e posteriormente a súmula vinculante, assim essa posição atual, apesar de ser correta desvirtua o objetivo da súmula em mantê-la a insegurança jurídica.

Assim, podemos seguir para a análise do posicionamento mais radical, que estende o alcance da referida Súmula Vinculante sem comportar exceções dos cargos políticos, pois fazendo uma interpretação teleológica dos princípios constitucionais (interpretando qual era a vontade do legislador constituinte originário, quando elencou alguns princípios que a administração deveria seguir) parece ser o mais compatível com o texto constitucional.

4.1.3 Aplica-se, para não contrariar princípios.

Como já foi visto, os princípios constitucionais são verdadeiras regras norteadoras da conduta do administrador, dotados de eficácia plena, podendo serem opostos contra qualquer norma ou ato que lhe seja contrário, além disso, atentando para a unidade e uniformização constitucional é vedado o nepotismo nos cargos políticos.

Em que pese o posicionamento pela não aplicação da vedação do nepotismo aos cargos políticos parecer acertado existia posicionamento diferente no supremo (muitos ministros ainda não se posicionaram a respeito do tema), como o emanado pelo, recém aposentado, ministro Joaquim Barbosa que, no ano de 2011, na Reclamação 12.478/RJ em que o reclamante, MP/RJ, sustentou que “a redação atual da Súmula Vinculante 13 não reconhece exceções relacionadas à nomeação de parentes para cargos de natureza política”, teve media cautelar nos seguintes termos:

Assim, em linha com o afirmado pelo reclamante, tenho que os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE 579.951 e na medida cautelar na Rcl 6.650 não podem ser considerados representativos da jurisprudência desta Corte e tampouco podem ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à Súmula Vinculante 13 pretendida pelo município reclamado. **Bem vistas as coisas, o fato é que a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, [...] (BRASIL, 2011) (grifo nosso).**

Fato interessante é que a referida súmula nada diz sobre a possibilidade de contratação de parentes em cargos políticos e uma interpretação literal feita por pessoas comuns verificaria que a impossibilidade do nepotismo é para todos os cargos existentes na administração pública, mas nesse sentido foi o posicionamento do ministro Marco Aurélio na Reclamação 6.650-MC-AgR/PR.

Importante salientar que o papel do Supremo Tribunal Federal é, precipuamente, julgar em abstrato, e o da súmula é de uniformização da jurisprudência a fim de dificultar que casos de bagatela chegue ao referido tribunal, contudo com a atual imprecisão da Súmula Vinculante 13 qualquer decisão que julgar aplicável ou inaplicável o verbete aos cargos políticos, em tese, caberá Reclamação Constitucional, então o mais adequado é vedar a aplicação por meio de uma reedição da súmula.

Mas, mesmo aceitando-se uma conduta que fere de forma aparente

princípios da administração, como é alguns casos de contratação de parentes para cargos políticos, há situações em que não devem serem aceitas. Como afirma Rodrigues:

[...] atualmente, o entendimento que prevalece é no sentido de que nenhuma categoria de ato está excluída da observância da Constituição e, principalmente, dos princípios administrativos. Nessa linha de raciocínio, nada justifica a exclusão dos agentes políticos, ministros e secretários de estados, Distrito Federal e municípios, da regra estabelecida para o nepotismo. Quando o chefe do Executivo municipal nomeia um irmão para ocupar o cargo de secretário de Saúde do município, obviamente que se configura o nepotismo, com a presença dos dois aspectos, o objetivo e o subjetivo. Não há motivo de excluí-lo da regra geral, uma vez que houve a violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. (RODRIGUES, 2012, p. 218)

Como pode-se ver, mesmo interpretando a Súmula Vinculante 13 de forma a não aplicá-la aos cargos políticos, a vedação ao nepotismo nesses cargos ocorre por respeito aos princípios constitucionais de uma sociedade democrática de direitos, pois essas espécies de favorecimentos não são compatíveis com a Constituição Federal de 1988.

O que dizer do princípio da impessoalidade? É possível compatibilizar favorecimentos nos cargos políticos com o tratamento impessoal na contratação de servidores?

Parece que não. Ainda, será que esses parentes nomeados para cargos políticos são tão capacitados e eficientes para seu exercício? Caso fossem não estariam em grandes empresas com possibilidades salariais bem maiores, cientes de uma continuidade de seu excelente trabalho, pois na administração em no máximo 8 anos eles deixaram, em regra, de prestar seus relevantes serviços à administração?

Os favorecimentos nos cargos políticos, mesmo que não se enquadre no nepotismo vedado pela Súmula Vinculante 13 são contrários ao princípio da eficiência, bem como é diametralmente oposto ao da moralidade administrativa, sem obedecer ao princípio da impessoalidade.

O nepotismo nos cargos brasileiros, seja ele simples ou cruzado, ocorre a cada ciclo político, quando troca-se um governante, muda-se os parentes mas o nepotismo está lá, e promovê-los para secretários e ministros, não irá eliminá-lo, apenas dará novo folego e essa mazela social que se arrasta a tempo.

Portanto, havendo violação aos princípios da administração pública, que são

verdadeiras normas basilares de um estado democrático de direito e de uma administração proba e eficiente, o mais razoável é a incidência da Súmula Vinculante 13 também aos cargos políticos, pois essa exceção não está prevista no verbete. E, além do mais, a nomeação de parentes para os cargos administrativos ou políticos, sem respeito aos princípios republicanos, é contrária a Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Como se pôde verificar no exposto, a administração pública em sentido amplo, englobando todos os poderes da república, deve obediência aos postulados da moralidade, impessoalidade e eficiência, pois eles são nortes para uma boa administração.

O nepotismo deve ser extirpado da sociedade administrativa brasileira que, apesar de sua carga genética patrimonialista, busca estabelecer uma democracia firme, em que não haja favorecimentos detrimntosos ou qualquer favorecimento de pessoas em situações iguais perante a lei.

Pôde-se notar que, apesar de ter sido aparentemente vedado o nepotismo na administração pública brasileira, ele ainda é muito presente, pois a sede de ajudar seus familiares arraigada na sociedade, e também presente na administração, faz o nepotismo se reinventar a cada norma proibitiva de tal conduta.

É o se verificou com a edição da Súmula Vinculante 13, que proibiu o nepotismo nas funções e cargos públicos. Por ter havido uma interpretação que excepcionava um cargo político, em seu precedente maior, passou-se a ter essa exceção em alguns julgamentos posteriores, dessa forma essa parecia ser a interpretação pacífica do Supremo.

Contudo, apesar de haver esse posicionamento forte no Supremo, surgiu um novo, que pugnou pela aplicação do verbete mencionado nos cargos políticos ser verificada no caso a caso, pois ocorrendo o cumprimento dos princípios constitucionais, mostrando o servidor ser eficiente, e sua contratação tenha sido impessoal, de modo a que exerça suas funções no cargo político com presteza e tenha habilitação na área ou afim, poderia haver a contratação, pois não violaria os princípios constitucionais e não se enquadraria como nepotismo (posição prevalente no Supremo Tribunal Federal).

Esse também tem sido o posicionamento adotado, recentemente, pelo Superior Tribunal de Justiça, que em meados de 2015 determinou a exoneração do esposo de uma prefeita do município de Pilar do Sul/São Paulo por não cumprir os requisitos mencionados.

Apesar de tal posição parecer acertada, houve decisão monocrática do ministro, recém aposentado, Joaquim Barbosa, que aplicou a vedação do nepotismo

de forma irrestrita, pelo motivo de a exceção não estar presente na súmula, e se ela existisse deveria ser dita em sede de pleno, pois a observação dos princípios constitucionais estava disposta a alcançar toda a administração pública e todos os cargos e funções, portanto estando englobado os cargos políticos.

Concluídas as colocações, que o tema comporta, pode-se notar que a matéria tratada tem controvérsia no STF, e sendo possível afirmar que há omissão por parte da corte sobre a aplicação ou não da Súmula Vinculante 13 aos cargos políticos.

Apesar da inicial dúvida não ser sanada, pois a divergência é grande, não podendo afirmar de forma segura (não consenso) qual é a posição adequada, mas o que foi possível concluir com segurança é que o Supremo não considera que simplesmente não aplicável de forma irrestrita a Súmula Vinculante 13 aos cargos políticos.

Já está no tempo do Supremo Tribunal Federal (STF) pacificar a matéria, excluindo de vez os agentes políticos da aplicação, ou incluindo, visto que a aplicação verificada no caso concreto não é viável, pois leva ao STF milhares de casos concretos, e não é função precípua dessa corte o julgamento de caso a caso.

Se excluído os cargos políticos de vez, será inconstitucional a exclusão, pois haverá violação expressa do art. 37, “*caput*”, da Constituição Federal de 1988, que, em uma interpretação teleológica, vedou o nepotismo em todos os cargos e funções de forma irrestrita, não comportando a exceção de cargos políticos.

Portanto, por meio da pesquisa realizada, utilizando o método dedutivo-dogmático, o posicionamento que se chega como mais adequado é o de que nenhum ato deve desrespeitar princípios constitucionais e dessa forma o ato de nomeação para cargos políticos (secretarias e ministérios), devido a imprecisão que causa a possibilidade de aplicação ser verificada o caso concreto, deve ser vedado por ser incompatível com os princípios constitucionais e com a Constituição Federal de 1988 quando analisada de uma forma harmônica em uma sociedade democrática de direito.

REFERÊNCIAS

BELLOW, Adam. **Em louvor do nepotismo: uma história natural**. 1ª Ed. São Paulo, A Girafa, 2006.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 5869 de 11/01/1973. **Vade Mecum Saraiva**, São Paulo: SP, 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 07**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf. Acesso em 13/11/2015

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 01**. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_01_2005_11_07.pdf Acesso em 02/12/2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23.780-5**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021> Acesso em 10/12/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 6650 MC-AgR. /PR.** disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28reclama%E7ao+6650%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mu62akk>. Acessado em 14/05/2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 6938/MG**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22885578/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-6938-mg-stf>. Acesso em: 02/02/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 11605/SP**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22022049/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-11605-sp-stf>. Acesso em: 02/02/2016

_____. Supremo tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 12478 DF**. <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22876345/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-12478-df-stf>. Acesso em: 20/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 12478/DF**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22876345/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-12478-df-stf>. Acesso em: 02/02/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 14497/SP**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22506301/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-14497-sp-stf>. Acesso em: 02/02/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 7590/PR**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25313884/reclamacao-rcl-7590-pr-stf/inteiro-teor-151825264>. Acesso em: 02/02/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 8625/MG**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066472/reclamacao-rcl-8625-mg-stf>. Acesso em: 02/02/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 579.951/RN**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>. Acesso em: 25/11/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 13**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em: 14/05/2015.

CAMINHA, Pero Vaz de. Carta. In: CASTRO, Silvio. **A carta de Pero Vaz de Caminha**. 1ª Ed. Porto Alegre: L&PM, 2003.

CARVALHO, Flávio Pereira de. O histórico do processo legislativo de criação da súmula vinculante no Brasil. **Senatus**, Brasília, v.7, n.1, p.32-39, jul. 2009. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180414/historico_processo_legislativo.pdf?sequence=1. Acesso: 18/12/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**, 3º ed. São Paulo: Global, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa**, São Paulo: Saraiva, 1974.

GARCIA, Emerson, PACHECO, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GASPARETO JÚNIOR, Antônio. **Nepotismo cruzado**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/nepotismo-cruzado/>. Acesso em: 18/02/2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 8º. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HAMADA, Heloíse. Prefeito é acusado de nepotismo por nomeação de esposa e irmão. **G1**, Presidente Prudente, SP, fev. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2016/02/prefeito-e-acusado-de-nepotismo-por-nomeacao-de-esposa-e-irmao.html> Acesso em: 05/02/2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARINELA, Fernanda, **Direito Administrativo**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Marcelo; VERÍSSIMO, Érico. Filhas e irmã da governadora de Roraima são nomeadas para primeiro escalão. **G1**, Roraima, jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/01/filhas-e-irma-da-governadora-de-rr-sao-nomeadas-para-primeiro-escalao.html> Acesso em: 05/02/2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun. p. 43-68.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**. P. 205-220.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

OBRAS CONSULTADAS:

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do Trabalho Científico: **Métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. Ed. Nova Hamburgo: Feevale, 2013.